Gehört der Anspruch auf Leistung des vereinbarten Gesellschafts-beitrags (BGB. § 705) bereits zum Gesellschaftsvermögen?

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Ludwig-Maximilians-Universität zu München.

vorgelegt von

Jonathan Schmid

aus Gebersheim.

Leonberg.

Druck der G. Lindenberger'schen Buchdruckerei.

1913.

Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Hellmann.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Ausführung.

Kapitel I. Die Gesellschaft des BGB.

I. Die vermögensrechtliche Seite der Gesellschaft.

II. Die personenrechtliche Seite der Gesellschaft.

Kapitel II. Der Gesellschaftsvertrag.

Kapitel III. Der Beitrag.

Schluß.

Einleitung.

§ 1.

Wie wurde seither die Frage beantwortet?

Es ist von vornherein klar, daß es von wesentlicher Bedeutung ist, ob die Ansprüche auf die zu leistenden Beiträge schon Bestandteile des Gesellschaftsvermögens sind oder nicht.

Da das Gesetz sich nicht darüber äußert, so ist begreiflicherweise diese Frage in Literatur und Rechtsprechung Gegenstand einer sehr ausgiebigen Erörterung geworden, ohne daß sich jedoch eine Einigung hätte erzielen lassen. Denn — und darin liegt der Grund des ewigen Streits — die Parteien, die sich gegenüberstehen, beweisen beide mit untauglichen Mitteln.

Die einen gehen vom Wortlaut des § 705 BGB. aus und schließen aus den Worten: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig . . . .“, daß der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag sei. In der richtigen Erkenntnis, daß die Pflicht zur Beitragsleistung und der Anspruch auf den Beitrag nur auf den Vertrag sich gründen können, gehen sie dann konsequent weiter und sagen, daß infolgedessen auch der Beitragsanspruch den einzelnen Gesellschaftern gegenseitig zustehe, in das Privatvermögen der einzelnen gehöre.

Hieher gehören besonders Planck (S. 751), Kuhlenbeck (S. 578), Neumann (S. 521), Goldmann und Liliental (S. 734), Oertmann (S. 858), Matthiaß (S. 352), Crome (S. 775), Knoke (S. 33/37), Müller und Meikel (S. 572); Dissertationen von Eschelbacher (S. 16 ff.), Philipp (S. 16 ff.) u. a. mehr.

Gestützt werde diese Ansicht, so meint z. B. Planck S. 750, durch den Wortlaut des § 718 BGB., der nur von den Beiträgen, nicht auch von dem Anspruch auf die Beiträge spreche. Andere wieder sagen, wenn schon der Anspruch zu § 718 gehörte, so müßte es heißen: die Beiträge „sind“ (nicht „werden“) gemeinschaftliches Vermögen. (Vergl. Oertmann S. 877.)

Auf der andern Seite stehen zwei Gruppen. Einige wenige rechnen den Beitragsanspruch dem Gesellschaftsvermögen zu ebenfalls auf Grund des Gesellschaftsvertrags. Aber sie sehen in diesem einen Vertrag zu Gunsten und zu Lasten Dritter, der Gesellschaft. Das ist vor allem Cosack (S. 457), und dieselbe Ansicht vertritt, nur nicht so entschieden wie jener, auch Haase (S. 41). Tatfrage wäre es demnach, wer den Anspruch geltend zu machen berechtigt ist, ob die Gesellschaft allein oder zugleich auch die einzelnen Gesellschafter (§ 328 BGB.; anders allerdings Cosack).

Die andern halten zwar zu ihrem größten Teil den Gesellschaftsvertrag ebenfalls für einen gegenseitigen (z. B. Enneccerus S. 457, Dernburg S. 612), ziehen aber für den Beitragsanspruch nicht die ohne Zweifel richtige Konsequenz, die die Gegenpartei gezogen hat, sondern rechnen trotzdem das Recht auf die Beiträge zum Gesellschaftsvermögen, von dem Gefühl geleitet, daß die entgegengesetzte Entscheidung dem Gesellschaftszweck zuwiderläuft.

Mit der Begründung allerdings ist es hier schwach bestellt, denn sie haben eigentlich nur Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründe vorzubringen, so Dernburg S. 622, Wölz S. 129. Diese sind zwar durchaus einleuchtend. So vertritt z. B. Enneccerus S. 466 seine Ansicht folgendermaßen: „Daraus (sc. wenn die Gegner Recht hätten) würde z. B. folgen, daß, wenn die Gesellschafter einem Gläubiger gegenüber sich nur mit dem Gesellschaftsvermögen verpflichtet hätten, ihre noch zur Gesellschaft geschuldeten Beiträge kein Exekutionsobjekt für diesen Gläubiger bilden würden. Ferner würden die Gesellschafter, denen die Geschäftsführung übertragen ist, zur Einziehung der Beiträge der einzelnen Mitglieder nicht verpflichtet sein, ja selbst ihre Berechtigung zur Einziehung der Beiträge würde nicht auf ihrer Befugnis zur Geschäftsführung, sondern nur auf ihrer Mitgliedseigenschaft beruhen. Alle diese Folgen entsprechen weder der Billigkeit noch der Zweckmäßigkeit.“ Das ist alles ganz richtig. Aber einen durchschlagenden, direkten Beweis vermag keiner von ihnen zu liefern, auch nicht Hölder S. 273, und ebensowenig

Kohler S. 398. Die meisten lassen es überhaupt bei der Behauptung bewenden [1]).

Daß mit solcher Beweisführung gegen das auf konstruktivem Weg gewonnene Resultat der Gegner nicht aufzukommen ist, liegt auf der Hand.

Interessant ist die Haltung, welche die Rechtsprechung zu der Frage eingenommen hat: Im Jahre 1903 erklärte das Reichsgericht (E R. Bd. 54 S. 300), daß der Anspruch auf den Beitrag zwar an sich noch nicht zum Gesellschaftsvermögen gehöre, daß dies aber durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden könne. Diese Ansicht teilte, vielmehr übernahm das Kammergericht in einem Erkenntnis vom 13. Oktober 1909 (Rechtsprechung der OLG. Bd. 20), ebenso das Oberlandesgericht Hamburg (Urt. v. 27. 3. 1911 — Rechtsprechung der OLG. Bd. 22), und endlich gehört hieher eine Entscheidung des Landgerichts Schwerin vom Jahre 1905 (Mecklenburgische Zeitschrift Bd. 24 S. 331 ff.). Obwohl hier die Bedenken gegen die Ansicht Plancks verlautbart werden, und öfters auf Gierke, Enneccerus, Dernburg, Endemann verwiesen ist, kommt dieses Gericht doch zum Schluß mit Rücksicht auf die Fassung des § 718 zu demselben Resultat wie die obengenannten, wobei nicht unterlassen ist, auf E R. Bd. 54 Nro. 78 zu verweisen (S. 335).

Zwei Seiten weiter unten sagt es: „Bei dem rechtsfähigen Vereine gehören aber streitlos die Ansprüche auf Leistung der Mitgliederbeiträge, die das einzelne Mitglied ja dem Verein schuldet, zum Gesellschaftsvermögen. Was bei diesem gesetzliche Folge aus der Struktur des Rechtsverhältnisses ist, wird bei dem nicht rechtsfähigen Verein als von den Beteiligten gewollt erscheinen und im Hinblick auf die dispositive Natur des § 718 als Parteibeliebung Rechtswirksamkeit beanspruchen können."

Dazu mag schon hier bemerkt werden: Es scheint uns durchaus unzulässig zu sein, in dieser Frage den nichtrechtsfähigen Verein anders zu behandeln als die Gesellschaft. Denn auf ihn

---

[1]) Gierke, Vereine ohne Rechtsf. S. 21 A. 31 a; ABR. S. 118; Landsberg S. 481; Schollmeyer S. 143; Endemann S. 1134; Kipp-Windscheid S. 784.

finden laut § 54 BGB. die §§ 705 ff. genau so Anwendung wie auf die Gesellschaft, und nicht etwa nur „entsprechend", wie Oertmann S. 852 meint. Und wenn das Gericht schon der Ansicht ist, daß man, ohne gegen das Gesetz zu verstoßen, beim nichtrechtsfähigen Verein die Zugehörigkeit der Ansprüche zum Gesellschaftsvermögen immer als stillschweigend gewollt annehmen dürfe, so muß dies bei der Gesellschaft ebenso der Fall sein. Denn ihre rechtliche Behandlung ist ganz gleich. Wir zweifeln keinen Augenblick daran, daß das Schweriner Landgericht auch diesen Ausweg ergriffen hätte und auf S. 335 für die Gesellschaft ebenso entschieden hätte, wenn nicht im Jahre 1903 das Reichsgericht seine Ansicht kundgetan hätte.

Inzwischen aber hat das letztere seine Stellung gewechselt (E R. Bd. 76 S. 276 ff.) unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Gierke, Dernburg, Enneccerus, Kipp, Kohler, Schollmeyer usw. Es wird nun interessant sein, zu beobachten, wie rasch auch die andern Gerichte ihre Ueberzeugung ändern werden.

Und doch dürfte der Streit damit noch nicht beendet sein. Denn diese neueste Entscheidung weiß auch keine andern Gründe anzuführen als die, welche schon lange vorgebracht, aber nicht als stichhaltig anerkannt wurden.

Die Frage kann u. E. nur gelöst werden aus der Natur der Gesamthandgesellschaft heraus, im letzten Grunde des Gesellschaftsvertrags.

Damit haben wir auch schon angedeutet, daß wir hinter dem Gesellschaftsvertrag etwas Anderes vermuten als man seitdem gemeinhin angenommen hat. Und diese unsere Vermutung auf ihren Grund zu untersuchen, ihre Richtigkeit darzutun, wird die Hauptaufgabe des Folgenden sein. Ist uns das gelungen, so wird sich das Rätsel leicht lösen lassen.

§ 2.

Geschichtlicher Ueberblick.

Bevor wir an die Ausführung unseres Planes gehen können, müssen wir uns über die geschichtliche Unterlage der heutigen bürgerlichen Gesellschaft ein wenig orientieren. Wir werden, um

nachher zu einer richtigen Würdigung der §§ 705 ff. gelangen zu können, nicht nur in ihre Entstehungsgeschichte, sondern auch in das frühere Gesellschaftsrecht einen flüchtigen Blick werfen müssen.

I. Die Sozietät des römischen und gemeinen Rechts und der erste Entwurf zum BGB.

Die Gesellschaft des röm. Rechts[1]), die in der Rezeptionszeit auch in Deutschland Eingang fand, trug das das ganze römische Recht charakterisierende individuelle Gepräge:

Durch obligatorischen Vertrag verpflichten sich die socii zur Förderung des gemeinsamen Zwecks durch Beitragsleistung, die keinem erlassen werden kann. Soweit die Beiträge in Vermögenswerten bestehen, werden sie gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. Doch hat dieses nur tatsächliche, wirtschaftliche Bedeutung. Rechtlich existiert kein Gesellschaftsvermögen, sondern nur Privatvermögen der einzelnen Genossen. Das sog. Gesellschaftsvermögen steht also den Gesellschaftern nach ideellen Quoten zu, sie können über diese wie über ihr übriges Privatvermögen rechtsgültig verfügen und sind nur unter Umständen schadensersatzpflichtig, wenn sie dies zum Nachteil des Gesellschaftszweckes tun. Darum hat auch jeder Privatgläubiger unmittelbaren Zugriff auf den Anteil seines Schuldners, so daß im Ganzen die Existenz eines Gesellschaftsvermögens auch in wirtschaftlicher Hinsicht wenig gesichert ist.

Die so geartete Gesellschaft hatte, wie schon erwähnt, auch im gemeinen Recht Platz gefunden und hatte gute Aussicht, auch in das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich aufgenommen zu werden.

Der erste Entwurf zum BGB.[2]) hatte der Gesellschaft im Wesentlichen dieselbe Grundlage gegeben. Der einzelne Gesell-

---

[1]) Vgl. hiezu die Dissert. von Clund S. 13 ff.; Rud. Müller S. 9 ff.; Heidrich S. 27; ferner Kipp-Windscheid § 405; Knoke § 2; Endemann S. 1129 Anm. 9; Nagler a. a. O. S. 695/6; Enneccerus S. 456; Ehrenberg a. a. O. S. 717; Oertmann S. 853.

[2]) Vgl. bes. Nagler S. 695 ff.; Knoke S. 6 u. 7.

schafter hatte zwar kein Recht auf Teilung, aber in der Verfügung über seinen Anteil war er nur obligatorisch gebunden (§ 645). Einige wenige Konzessionen waren dem deutschrechtlichen Gemeinschaftsgedanken gemacht: Der Entwurf sah eine besondere Liquidation des Gesellschaftsvermögens vor (§ 656) und ließ für solche Gesellschaften, deren Zweck der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ist, die vertragsmäßige Einführung der Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft zu, die nach dem deutschrechtlichen Prinzip der gesamten Hand geregelt war (§ 659).

II. Die gesamte Hand[3]) und der zweite Entwurf zum BGB.

Das deutsche Recht kannte, wie Gierke (ABR. S. 117) hervorhebt, die Gemeinschaft nach Bruchteilen auch, hatte aber daneben eine andere Gemeinschaftsform ausgebildet, die dem deutschen Sinne mehr entsprach: die Gemeinschaft zur gesamten Hand.

Diese hat ihren Ursprung im altgermanischen Familienrecht: Wenn das Familienoberhaupt gestorben war, so wurde die Erbschaft nicht etwa geteilt, sondern die Erben „Ganerben" genannt, führten die Wirtschaft ungeteilt weiter, waren also nur als Erbengesamtheit, als Ganzes berechtigt. Sinnbildlich äußerte sich diese enge personelle Bindung bei jedem Verfügungsakt: Die Ganerben faßten sich bei den Händen, um so quasi als ein Leib zu erscheinen. Der Akt konnte nur durch dieses Zusammenwirken aller giltig zu stand kommen. Darum auch der Name des Prinzips.

Vielleicht läßt sich das so erklären, daß der Familienvater gar nicht Alleineigentümer des Vermögens war, dieses vielmehr der Familie gehörte, als deren Oberhaupt er allerdings nach außen der berufene Interessenvertreter gewesen war. Denkt man sich das so, dann liegt überhaupt beim Tod des Familienoberhaupts kein Erbgang vor, sondern dasselbe, was § 738 BGB. wieder zum Ausdruck bringt: Anwachsung.[4])

---

[3]) Gierke Genossenschaftstheorie S. 339 ff., ABR. S. 114 ff.; Knoke S. 4 ff.; Nagler S. 697 ff.

[4]) Daß aber auch diese Bezeichnung hier wie dort nicht ganz das Richtige trifft, werden wir später noch sehen.

Aber sei dem, wie ihm wolle: zweierlei läßt sich auf jeden Fall hieraus gewinnen: einmal, daß das Vermögen eine objektive Einheit bildet und bleibt. Teile sind vollständig ausgeschlossen. Und zweitens: Eigentümer dieses Vermögens sind nicht die einzelnen Erben sondern die Erbengesamtheit, und das ist — auf jeden Fall, wenn der Hausvater gestorben ist — die Familie.

Also: bei der ursprünglichen Gesamthandgemeinschaft ist die Familie als solche Subjekt eines Vermögensganzen.

Diese Gemeinschaftsform erfuhr mit der Zeit eine Weiterentwicklung. Fürs erste trat sie aus ihrem engen Bereich, dem Familienrecht heraus. Was hier gesetzliche Folge war, konnte auch durch Vereinbarung bewirkt werden. So entwickelten sich die Erbverbrüderungen des hohen Adels, die ritterlichen Ganerbschaften, die bäuerlichen Gemeinderschaften und die Handelsgesellschaften in den Städten.[5]) Dann durfte (das möchte wohl das Anwachsen der Familie im weiteren Sinn, der Sippe, mit sich gebracht haben als notwendige Folge) die Wirtschaft geteilt werden in dem Sinn, daß gesonderte Nutzung zulässig war, ohne daß jedoch eine Teilung des Eigentums eintrat. So läßt sich leicht Gesamteigentum nicht nur einer Familie, sondern auch einer ganzen Gemeinde, ja eines Volkes vorstellen.

Was Wunder, wenn dieses so natürliche, ganz dem tiefwurzelnden Familiengeist der alten Germanen entsprossene Rechtsprinzip auch durch Vertrag besonders gerne da zur Anwendung gebracht wurde, wo es galt, eine besonders enge Bindung der Mittel — des Willens und der Güter Mehrerer — für die Verfolgung eines gemeinsamen Ziels zu schaffen, vor allem also bei der Gesellschaft.

Wie nun seinerzeit, als das römische Recht in Deutschland seinen siegreichen Einzug hielt, das deutsche Privatrecht teils ganz verdrängt, teils in eine untergeordnete Stellung gewiesen wurde, so verlor auch das Gesamthandprinzip seine Rolle. Aber es geriet doch nicht in völlige Vergessenheit. Das preußische allgemeine Landrecht war es und dann das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, die ihm wieder zu Ehren verhalfen.

---

[5]) Knoke S. 4/5.

Offenbar hatte sich diese Form nicht nur als dem deutschen Rechtsempfinden mehr entsprechend sondern auch als brauchbarer, zweckmäßiger erwiesen denn die römische Societät. Denn die römisch-rechtliche Gestaltung der Gesellschaft im ersten Entwurf löste, wie Boyens in den Gutachten aus dem Anwaltstand (S. 1025) berichtet, einen wahren Sturm der Entrüstung aus. Besonders Gierke[6]) war es, der in verschiedenen Schriften energisch für den deutschrechtlichen Gemeinschaftsgedanken eintrat. Auf diese Vorgänge dürfte es mit zurückzuführen sein, daß die 2. Kommission für das BGB. die gesamte Hand zur Anwendung brachte — allerdings nur mit 12 gegen 8 Stimmen.[7]) Dies ist, wie die Denkschrift S. 85 und 86 erwähnt, in den §§ 705—707 und 725 des Entwurfs (§§ 718—720, 738 BGB.) zum Ausdruck gebracht worden. Doch werden mit Recht auch die §§ 714 und 725 BGB. hieher gerechnet.[8]) Das Gesetz spricht demnach nicht in allgemeinen Sätzen aus, was unter dem Gesamthandprinzip zu verstehen sei, überläßt es vielmehr der Wissenschaft, aus diesen wenigen Paragraphen als Untersätzen das Prinzip abzuleiten. Aber — und das ist für unsere Erkenntnis sehr wichtig — der Gesetzgeber wäre in diesem Fall auch gar nicht in der Lage gewesen, einem Streit über das Wesen der gesamten Hand vorweg den Boden zu entziehen. Denn die Protokolle erzählen (S. 2437): „War man über die sachliche Verschiedenheit der beiden Systeme im Wesentlichen einig, so gingen die Meinungen darüber, wie die Rechtsgemeinschaft der gesamten Hand theoretisch zu konstruieren sei, und was man als das charakteristische Merkmal derselben zu betrachten habe, auseinander.“ Und man stritt — wie noch heute — darüber, einmal, ob beim Eigentum zur gesamten Hand ebenfalls Quoten existieren oder nicht, und zweitens, welcher Unterschied in Hinsicht auf die personenrechtliche Seite zwischen societas und Gesamthandgesellschaft bestehe (ibid.). Da aber der Streit zu keinem Ende führte, war die Kommission der Ansicht (Prot. S. 2738), „daß eine Stellungnahme zu der wissen-

---

6) Nagler S. 695 Anm. 2.

7) Protokolle S. 2434.

8) Nagler S. 699, Oertmann S. 854.

schaftlichen Streitfrage über das Wesen der gesamten Hand zu vermeiden sei. Es handle sich vielmehr darum, zu entscheiden, welche Bestimmungen sachlich den Vorzug verdienten."

§ 3.
Was entnehmen wir daraus für unsere spätere Untersuchung?

Wir mußten, wenn anders uns daran gelegen ist, bei der nachfolgenden Untersuchung den rechten Weg zu finden durch das Kunterbunt von Meinungen, dem wir allenthalben in der heute vorliegenden Literatur begegnen, uns zuerst diese Tatsachen vor Augen führen. Wir müssen darum vor allem die Bestimmungen, die nach dem Willen des Gesetzgebers das leitende Prinzip zum Ausdruck bringen sollen, auch als solche behandeln und dürfen nicht, wie dies z. B. Nagler[1]) und Binder[2]) tun, da Zweckmäßigkeitsbestimmungen sehen, wo das Prinzip zu suchen ist. Ferner müssen wir dessen stets eingedenk sein, daß dem Gesetzgeber selbst das Wesen der gesamten Hand nicht klar vor Augen schwebte, daß wir darum dessen absolut nicht sicher sind, ob mit den obengenannten §§, durch die er seine Vorstellung von dem Prinzip zu zeichnen bestrebt ist, das Bild auch ganz und gut getroffen ist. Und zu guter Letzt müssen wir uns sehr in acht nehmen, uns auf den Wortlaut des Gesetzes da zu stützen, wo der Gesetzgeber vielleicht ahnungslos — eben weil er sich über das Wesen der Gesamthand nicht ganz klar war — seinem Willen einen andern Ausdruck verliehen hat als er es eigentlich hätte tun müssen, wenn er dem Prinzip gerecht werden wollte." Dies kommt besonders in Betracht bei den Fragen nach der Natur des Gesellschaftsvertrags und nach der personenrechtlichen Seite der Gesellschaft.

[1]) a. a. O. S. 725, 736, 737.

[2]) Rechtsstellung der Erben III S. 22/23 Note 40; S. 41. Vgl. hiezu Heidrich S. 47/48.

Ausführung.

Kapitel I.

Die Gesellschaft des BGB.

§ 4.

Vorbemerkung.

Da es nicht die Aufgabe dieser Arbeit ist, das Recht der Gesellschaft nach allen Seiten zu untersuchen und zu beleuchten, vielmehr nur die Frage nach der Zugehörigkeit des Beitragsanspruchs gelöst werden soll, so dürfen wir wohl alle hier nicht interessierenden Fragen am Wege liegen lassen und unmittelbar auf unser Ziel zustreben.

Allerdings, wollen wir den Schlüssel zur Lösung finden, so dürfen wir einen kleinen Umweg nicht scheuen: Wem die Beiträge geschuldet werden, das läßt sich natürlich nur aus dem Gesellschaftsvertrag beantworten. Wenn wir aber den wenigen Gesetzesstellen, aus denen direkt etwas für die Beurteilung seiner Natur entnommen werden könnte — es sind die §§ 705 u. 717 —, und nach denen er tatsächlich auch von weitaus den meisten Schriftstellern beurteilt wird, mit Mißtrauen entgegenkommen, so bleibt uns nichts anderes übrig, als ihn an den Früchten zu erkennen zu suchen. Es sind die Wirkungen des Gesellschaftsvertrags auf dem Gebiet des Vermögensrechts einerseits, des Personenrechts andererseits. Sie sind eigenartig genug, um unsere Aufmerksamkeit auf sich zu lenken.

1. Die vermögensrechtliche Seite der Gesellschaft.

§ 5.

Das Gesellschaftsvermögen.

Ob eine Gesellschaft nach §§ 705 ff. Vermögen haben muß,

ob m. a. W. Vermögen begriffliches Erfordernis ist oder nicht,[1]) kann hier dahingestellt bleiben. Denn schon unserer Fragestellung ist zu entnehmen, daß wir nur an eine mit Vermögen begabte Gesellschaft denken. Das zu Gunsten des gemeinsamen Zwecks dinglich gebundene (§ 719) Gesellschaftsvermögen[2]) ist nun dank dieser Gebundenheit nicht bloß wirtschaftlich, tatsächlich Gesellschaftsvermögen, sondern ein solches im Rechtssinn.

Ueber seine möglichen Bestandteile ist, abgesehen von der uns beschäftigenden Frage, noch manches streitig; sicher aber gehören zum Gesellschaftsvermögen nach § 718

1) Die schon geleisteten Mitgliederbeiträge[3])[4]),
2) Die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände,
3) Was auf Grund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts (z. B. Früchte, Zinsen, Nutzungen) erworben worden ist, und
4) Surrogate, d. i., was als Ersatz für die Zerstörung,

---

[1]) Bejahend Dernburg S. 607 A. 6; Kohler S. 395; verneinend u. a. Motive S. 595; Planck S. 727; Knoke S. 18; Enneccerus S. 456 A. 1.

Oertmann ist der Ansicht, daß auf alle Fälle die zur Erreichung des Zwecks in Bewegung gesetzten Mittel ökonomischer Natur sein müssen, so daß immer eine „gewisse" Vermögensgemeinschaft entstehe (S. 853). A. A. Knoke a. a. O.

[2]) Gierke (ABR. S. 123) nennt es „objektiven Niederschlag" der gesellschaftlichen Personeneinheit.

[3]) Es ist unumwunden zuzugeben, daß nach den Worten „die Beiträge . . . werden . . .", wenn man genau sein will, die Ansprüche auf die Beiträge nicht zum Vermögen gerechnet werden können.

[4]) Ueber die Ausdrücke „Beitrag" und „Einlage" herrscht Streit. Der Kommentar von Reichsgerichtsräten (S. 527 A. 6) und ebenso Goldmann und Lilienthal (S. 735 A. 3) verstehen, unter Berufung auf den „festen Wortlaut des Gesetzes" unter „Beitrag" den noch zu leistenden, unter „Einlage" den schon geleisteten Beitrag. Dem widerspricht Oertmann S. 863. Es sei sinn- und sprachwidrig. Er versteht unter „Einlagen" nur die verkehrsfähigen schon geleisteten Beiträge. So auch Staub in den früheren Auflagen.

Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstands erworben worden ist.

Das so geschaffene Gesellschaftsvermögen[5]) ist, wie schon erwähnt, nach § 719 dinglich gebunden zu Gunsten des Gesellschaftszwecks; denn der einzelne Gesellschafter kann, solange die Gesellschaft besteht, weder Teilung verlangen noch rechtsgiltig über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den dazugehörenden Gegenständen verfügen. Außerdem darf gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, der Schuldner nicht mit einer ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehenden Forderung aufrechnen.

Das Gesellschaftsvermögen ist also zum mindesten der Verfügung des einzelnen Gesellschafters entzogen; ob aber dieser Mangel an Verfügungsbefugnis nur die Folge einer Zweckmäßigkeitsbestimmung, ähnlich wie § 135 BGB., ist, wie Nagler[6]) meint, oder ob er nicht einen tieferen Grund hat, das werden die nächsten §§ ergeben.

§ 6.

Die Zuständigkeit der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände.

Bei der Frage nach dem Subjekt oder den Subjekten des Gesellschaftsvermögens hat sich auch ein Nebenstreit entsponnen, über den zuerst einige Worte zu sagen sind.

Gierke vertritt (Genossenschaftstheorie S. 497 ff.) für die offene Handelsgesellschaft und ebenso für die bürgerliche Gesellschaft (AbR. S. 124). Das Vorhandensein von „Wertanteilen am Gesellschaftsvermögen", von Anteilen also, die nicht die Substanz, sondern nur den Kapitalwert des Ge-

---

[5]) Von den hieher gehörenden Streitfragen seien nur noch zwei erwähnt:

a) Gehören die Ansprüche gegen den Geschäftsführer gemäß § 713,

b) gehören auch die Schulden zum Gesellschaftsvermögen?

Beide sind, wie die späteren Ergebnisse zeigen werden, zu bejahen. (Vgl. statt aller die Lit. bei Oertmann S. 878).

[6]) a. a. O. S. 725, 736, 737.

sellschaftsvermögens ergreifen.[1]) Er faßt also, wie er dies AbR. S. 124 ausdrücklich sagt, das Vermögen der Gesellschaft als „Objektseinheit", als „Rechtsobjekt" auf. Hiegegen macht Jörges[2]) geltend, daß das BGB. eine universitas iuris als Rechtsobjekt nicht anerkenne. Es handle sich hier immer um Vermögensmassen, deren einzelne Bestandteile dem Berechtigten nach den allgemeinen Grundsätzen zustünden, welche als Ganzes nur einer „gesonderten" Behandlung unterlägen. Darauf entgegnet Gierke (AbR. S. 124), daß eben das BGB. beim Gesellschaftsvermögen, wie in so vielen anderen Fällen, besonders des Familien- und Erbrechts sein atomistisches Grundprinzip durchbrochen und ein „Sondervermögen zur Objektseinheit gestempelt" habe.

Nagler (a. a. O. S. 719/20) tritt in gleicher Weise wie Jörges der Auffassung Gierkes entgegen und behauptet bezüglich der analogen Fälle, an die Gierke gedacht haben mag (z. B. §§ 1363, 1649), daß es sich hier nur um unpräzise Formulierungen handle.[3])

Sei dem nun, wie ihm wolle. Für uns wird es sich im Folgenden nicht darum handeln, ob das Gesellschaftsvermögen eine Objektseinheit ist oder nicht, und es sei von vornherein darauf hingewiesen, daß wir, wenn wir etwa von „Anteilen am Gesellschaftsvermögen" reden oder von einem „Subjekt des Gesellschaftsvermögens", uns dessen stets bewußt sind, daß dieses gleich der Summe der dazugehörenden Gegenstände ist.

Die Frage nun, wem das Gesellschaftsvermögen gehöre, wird gewöhnlich[4]) so beantwortet, daß man sagt: „es steht den Gesellschaftern zur gesamten Hand zu" oder „es ist Gesamthändervermögen", oder ähnlich; was man aber darunter zu verstehen

---

[1]) Näheres hierüber weiter unten.

[2]) a. a. O. Bd. 49 S. 191.

[3]) Ebenso auch Sohm S. 68: „Das Vermögen ist kein Gegenstand"; vgl. auch Oertmann S. 854.

[4]) vgl. z. B. Planck S. 750 zu § 718; Kipp-Windscheid S. 780; Enneccerus S. 456; Ehrenberg a. a. O. S. 717; u. a. Abweichend, soviel ich sehe, nur Jörges (a. a. O. Bd. 49 S. 172), der von „gebundenem Miteigentum" spricht.

hat, darüber gehen die Meinungen sehr auseinander — eben weil man über die „gesamte Hand“ uneins ist.

Das Gesetz, das nicht einmal den Namen des Gesamthandprinzips kennt, hat auch dieses selbst, wie schon erwähnt, nicht mit allgemeinen Sätzen umschrieben. Und so kommt es, daß die in Betracht kommenden Vorschriften gar verschiedene Auslegungen erfahren.

In der Hauptsache bestehen bezüglich der Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens vier Theorien.[5]) Diese sind:

1) Die Theorie der geteilten Mitberechtigung,
2) die Theorie der Anteile kraft Personenrechts,
3) die Wertanteilstheorie,
4) die Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung.[6])

I. Die Hauptvertreter der erstgenannten Theorie sind Jörges[7]) und Nagler[8]). Der erstere geht (Bd. 49 S. 181) von dem Satze aus: „Rechtsfähig sind nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur die physische und die juristische Person: hier (sc. bei der Gesellschaft) würde (sc. wenn die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit Rechtssubjektivität besäßen) weder eine Mehrheit von Personen noch eine juristische Person, sondern ein Drittes vorliegen, und zwar etwas seinem innersten Wesen nach rechtlich geradezu Unfaßbares.“ Dem festgeschlossenen System des Privatrechts gegenüber, wie es uns im bürgerl. Gesetzbuch entgegentrete, sei eine derartige Ansicht unhaltbar. Ein solches „Quasisubjekt“ hätte der ausdrücklichen Anerkennung bedurft (a. a. O. S. 182). Weiter sagt er (ibid. S. 183), die Worte: „kann über seinen Anteil nicht verfügen“ ließen keine andere Auffassung zu, als daß das Gesetz stillschweigend davon ausgehe, daß den Gesellschaftern ein Recht an den einzelnen Gegenständen zustehe. Der überall gleichlautende Wortlaut der Bestimmung lasse ihre Fassung als eine gewollte und beabsichtigte erscheinen.

---

5) s. die Literaturangabe bei Oertmann S. 854; Nagler S. 708 ff.

6) Nagler (S. 704) nennt sie „ungeteilte Mitberechtigung“.

7) a. a. O. Bd. 49 S. 140 ff., Bd. 51 S. 47 ff.

8) a. a. O. S. 720 ff.

Etwa dasselbe bildet den Ausgangspunkt Naglers, wenn er S. 723 sagt: „Die Verbindungen einer Mehrheit von Personen zur Erreichung gemeinsamer Zwecke gliedern sich nach dem BGB. nach 2 Grundformen: der Gemeinschaft und der Verbandseinheit (Körperschaft), eine dritte, zwischen beiden stehende, etwa aus Elementen beider kombinierte gibt es nicht.“ Der Begriff der gesamten Hand aber schließe die Annahme einer Körperschaft aus. Also bleibe nur das Terrain der materiell unselbständigen Gemeinschaft als Konstruktionsbasis übrig, und die unabwendbare Folge sei eine Teilung nach ideellen Quoten.

Beide also leugnen aus dem System des BGB. heraus die Möglichkeit, daß die Gesamtheit der Gesellschafter Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten ist, sie leugnen dies aber nur für das geltende Recht und räumen ausdrücklich ein, daß dies an und für sich wohl denkbar wäre. So sagt Jörges (Bd. 51 S. 56): „Man kann nicht sagen, daß eine solche Zwischenbildung direkt unmöglich wäre“, und fügt in A. 25 hinzu: „Sie ist sogar als die Auffassung des mittelalterlichen Rechts anzusehen. Dies ergibt schon die Symbolik bei Begründung des Verhältnisses“. Und Nagler (S. 719): „Von vornherein ist zuzugeben, daß — in abstracto genommen — die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung als positiv-rechtlich ohne Künstelei gedacht werden kann.“ Und dazu führt er sogar ein Beispiel aus dem portugiesischen Gesetzbuch an. Trotzdem glauben sie der Systematik des bürgerlichen Gesetzbuchs den Gefallen erweisen zu müssen, daß sie dem Gesamthandprinzip seine geschichtliche Bedeutung zu nehmen versuchen. Jörges (ibid.) macht auch gar keinen Hehl daraus, indem er sagt: „Aus diesem Grunde“ (nämlich weil das Gesamthandprinzip im System des BGB. kein Rechtsinstitut von allgemeiner Bedeutung sei) ist es doppelt mißlich, zu Gunsten dieser Rechtsverhältnisse prinzipielle, tiefgreifende Abweichungen vom sonstigen System des bürgerlichen Gesetzbuchs anzunehmen, denn dann gewinnen diese Rechtsverhältnisse den Charakter von dogmatisch isolierten Instituten. Sie sind dann nicht organische Glieder, sondern geradezu Fremdkörper in dem Bau des bürgerlichen Rechts.“

Wir werden später sehen, wie viel von alledem haltbar ist. Aber betrachten wir zuerst einmal die Resultate, die sie erzielen! Jörges faßt sich (Bd. 51 S. 64) folgendermaßen: „Wir kommen also zu dem Resultat, daß bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts . . . . hinsichtlich der zur Gemeinschaft gehörigen Sachen ein Miteigentum nach Bruchteilen besteht, das sich vom Miteigentum der Gemeinschafter im engeren Sinn nur durch die hier vorhandene, dort fehlende Veräußerlichkeit der Bruchteile unterscheidet."

Miteigentum nach Bruchteilen ist, wie weiter oben angeführt, auch das Ergebnis Naglers. Und wie hier Jörges, so sieht auch Nagler — es bleibt ihnen nicht anders übrig — in § 719 eben eine Verfügungsbeschränkung, nichts weiter (S. 725, 736, 737). Einen Einfluß auf die Zuständigkeit hat nach ihnen § 719 also nicht.

Ferner: § 738 bestimmt: „Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen zu." Dafür hat Jörgers (Bd. 51 S. 80) die Erklärung: „Es liegt nur ein Sichausdehnen der Bruchteile auf den nunmehr freiwerdenden Teil des gemeinschaftlichen Vermögens vor, beziehungsweise im umgekehrten Fall — bei Neueintritt eines Gesellschafters — eine Verkleinerung der Bruchteile. Diese tritt ein infolge einer Rückwirkung der personenrechtlichen, das ganze Vermögen umfassenden Gemeinschaft." Heidrich hat (S. 51) hierauf sehr gut bemerkt, daß Jörges damit, sofern darin mehr als eine nichtssagende Redensart liege, ganz aus der Rolle falle. Denn wenn das personenrechtliche Band die Akkreszenz bewirke, so könne es sich nicht in dem Ausschluß der Verfügungsbefugnis erschöpfen, müsse eben vielmehr das Wesen der Zuständigkeit selbst tangieren.

Ebenso beschreibend und noch weniger erklärend äußert sich Nagler (S. 746) darüber. So stellen sich diese für die Erkenntnis des Gesamthandprinzips wichtigsten Normen dar lediglich als einzelne Zweckmäßigkeitsbestimmungen, lose nebeneinander gesetzt, aus denen ein höheres Prinzip nicht zu suchen ist.

Als Vertreter der Theorie des geteilten Miteigentums mögen

noch genannt werden Cosack (§ 276), Goldmann und Lilien=tal (S. 783), Laband (a. a. O. Bd. 31 S. 40 ff.), Dernburg (II, 2 § 359 A 4), Landsberg (§ 483 A 3), Affolter (a. a. O. S. 227).

II. Sohm (Gegenstand § 12) kennt, ähnlich wie Gierke und dem Wortlaut des Gesetzes Rechnung tragend, einen Anteil am Vermögen als Inbegriff (S. 68). Dieser Anteil bedeute aber nicht eine Bruchteilsberechtigung, eine vermögensrechtliche An=teilsberechtigung; es gebe überhaupt keinen Anteil am „Ver=mögen". Vielmehr bedeute er lediglich ein personenrechtliches Verhältnis: Die Mitgliedschaft in der Gesellschaft, sei nur eine ungenaue Bezeichnung dafür. Nur die Mitgliedschaft habe recht=liches Dasein, und nur sie könne als „Gegenstand" einer Ver=fügung in Frage kommen. Als personenrechtliches Recht sei sie aber grundsätzlich nicht verfügbar, bei der Gesellschaft aber sei sie so gut wie beim rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Verein ausnahmsweise auf Grund des Gesellschaftsvertrags übertragbar. „Kraft seiner Mitgliedschaft (seines „Anteils" am „Ver=mögen")", so fährt Sohm fort, „hat jeder Gesamtberechtigte einen Anteil an den einzelnen Gegenständen. Hier bestehen wirklich Anteile. Jeder einzelne Gegenstand ist dem einzelnen Gesamt=berechtigten zu einem Anteil zuständig."

Ihm schließt sich Oertmann an und anscheinend auch der Kommentar von Reichsgerichtsräten S. 535.

III. Gierke wird vielfach, besonders auch von Nagler (S. 706) als Hauptvertreter und Begründer der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung genannt. Und damit identifiziert Nagler (ibid.) die Wertanteilstheorie.

Dazu ist erstens zu bemerken, daß Wertanteilstheorie und Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung (in ihrer lautersten Form vertreten etwa von Behrend) durchaus nicht dasselbe sind. Und zweitens, daß Gierke die letztere weder begründet hat noch vertritt, wenn gleich sein Standpunkt nicht ganz klar ist, wie folgendes zeigen wird:

In seiner Genossenschaftstheorie S. 497 ff. behauptet er für die offene Handelsgesellschaft das Vorhandensein von „Wert"=

anteilen an dem Vermögen als Ganzem; sie gäben keinerlei Anspruch auf Naturalteile, erschöpften sich vielmehr in dem Anspruch auf einen ihren Wert darstellenden Geldbetrag usw. Diese „Bruchteile" seien wandelbar, könnten darum gleich Null sein oder sogar einen negativen Vermögenswert darstellen (S. 498). „Diese ideellen Anteile", sagt er S. 501, „sind nun für die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses durch die gesamte Hand ihrer Subjekte streng gebunden."

Auch für das neue Handelsgesetzbuch hält er diese Theorie aufrecht (ABR. S. 124/5).

Das ist, was er dem einzelnen Gesellschafter zuerkennt: einen Wertanteil, eine ideelle Quote an der Wertsumme.

Der Gesellschaft in ihrer Einheit dagegen steht, wie er S. 497 sagt, „ein die Substanz des ganzen Gesellschaftsvermögens ergreifendes Herrschaftsrecht zu, das den Anspruch auf Besitz, Verwaltung und Genuß enthält". Auch von der bürgerl. Gesellschaft sagt er (ABR. S. 124), daß es „Anteile am Gesellschaftsvermögen" gebe; diese seien aber nach der gesetzlichen Regel fest (nicht wandelbar wie bei der offenen Handelsgesellschaft wegen des Mangels der kapitalistischen Struktur). Und dann spricht er (ibid.) von „Anteilen an den einzelnen Gegenständen". Diese seien aber während des Bestehens der gesamten Hand unausgeschieden und unausscheidbar und praktisch wirkungslos. Aber sie schlummerten nur und würden, wenn nichts anderes vereinbart sei, nach Wegfall der gesamten Hand als Bruchsteilsrechte wirksam. (Anteile an den einzelnen Gegenständen sind also vorhanden, sonst könnten sie nicht „schlummern!"). Und in seiner Abhandlung über Vereine ohne Rechtsfähigkeit sagt er ausdrücklich (S. 21): „Jedem Mitgliede steht ein Anteil an dem Vermögen im Ganzen und an den einzelnen Gegenständen zu; allein dieser Anteil unterliegt nicht der Verfügung des Mitglieds und gewährt keinen Teilungsanspruch."

Welcher Art sind nun all diese Anteile, von denen Gierke spricht?

Soweit „Anteile am Vermögen" in Betracht kommen, sind dies zweifellos Wertanteile. Bei der o. H. hat er dies selbst

ausgesprochen, und für die bürgerl. Gesellschaft ist dies aus der Gleichstellung, die er den beiden Gesellschaften angedeihen läßt, zu schließen. Die „Anteile an den einzelnen Gegenständen" aber entstehen nur mittelbar, infolge der Anteile am Ganzen, quasi durch diese hindurch (ABR. S. 124), müssen demnach auch Wertanteile sein. Natürlich, sonst hätten ja die Vertreter der Theorie der geteilten Mitberechtigung keinerlei Anlaß, ihn zu bekämpfen!

Also — und das ist das eine, was wir zeigen wollten —: Anteile sieht auch Gierke, und zwar nicht bloß solche am Vermögensganzen, sondern auch an den einzelnen Gegenständen. Und das andere, daß im Grund Gierke so gut wie Nagler und Jörges die geteilte Mitberechtigung vertritt, werden wir weiter unten noch sehen.

IV. Die Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung müssen wir anderswo suchen: Behrend z. B. sagt in seinen Ausführungen über die offene Handelsgesellschaft a. a. O. S. 516: „Die Vereinigung ist Inhaberin des Gesellschaftsvermögens, sie wird dritten gegenüber berechtigt, ohne daß den Gesellschaftern Anteile zustehen."

Enneccerus S. 456: „Das Gesellschaftsvermögen und die einzelnen Rechte, aus denen es besteht (nicht nur deren Ausübung) stehen nur allen Gesellschaftern zusammen (zur gesamten Hand) zu." Dies führt er S. 456/7 Anm. 2 weiter aus, so daß kein Zweifel darüber bestehen kann, daß er jegliches Vorhandensein von Anteilen verneint.

Ebenso Endemann S. 1130: „Anteilrechte werden an dem Gesamtgut nicht unterschieden, es gibt weder sachenrechtliche noch obligatorische Teilrechte." Und S. 1139: „Die Gesellschafter stehen in ihrer personenrechtlichen Verbindung in einer ungeteilten und unteilbaren Gemeinderschaft des Gesamtvermögens." So auch Fischer und Henle S. 429, ER. 56, 209; 65, 232.

Es sind aber wenige, die sich klar und rückhaltlos dieser Auffassung anschließen. Nicht selten ist die Fassung: „Die Anteile sind keine Bruchteile, sondern gewissermaßen latent und während der Dauer der Gemeinschaft an einander gebunden" (Eck S. 548),

oder: „Die Anteile am Gesellschaftsvermögen sind rechnerisch nicht bestimmt“ (Knoke S. 94). Ob diese im Grunde Anhänger der einen oder der andern Theorie sind, ist schwer zu bestimmen.

Doch dürfte dieser Ueberblick genügen zur Orientierung über den heutigen Stand der Frage in der Literatur. Wir haben schon da und dort leise hindurchfühlen lassen, welche Ansicht wir für die richtige halten und werden nun auch zu beweisen versuchen, warum.

§ 7.

Zuständigkeit. Kritik.

Bevor wir zu den einzelnen oben aufgeführten Theorien Stellung nehmen, wollen wir untersuchen, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen, ob sich nicht eine Vereinfachung erzielen läßt.

Wir haben gesehen, daß Gierke die Theorie der Wertanteile vertritt. Fragen wir nun weiter, was sind Wertanteile, wie denkt er sich diese des Näheren?, so finden wir in seiner Genossenschaftstheorie den nötigen Aufschluß. Dort sagt er S. 495/6: „Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen steht seiner Substanz nach ungesondert der Gesellschaft zu, ist aber dem Werte nach in der einen oder andern Weise in gesonderte Anteile zerlegt“, und fährt auf S. 497 fort: Hiernach steht der Gesellschaft in ihrer Einheit ein die Substanz des ganzen Gesellschaftsvermögens ergreifendes Herrschaftsrecht zu, das den Anspruch auf Besitz, Verwaltung und Genuß enthält, jedoch um der Wertanteile der Gesellschafter willen durch die Pflicht der Erhaltung und Verwendung desselben für den Gesellschaftszweck beschränkt ist. Dieses Recht an der Substanz bleibt unverändert bei der Gesellschaft, wenn schon sich deren Trägerschaft ändert usw.

Es ist nur gut, daß Gierke diese Art „Eigentums“ an der Substanz näher beschrieben hat! Seit wann ist ein Herrschaftsrecht, das den Anspruch auf Besitz, Verwaltung und Genuß enthält, Eigentum? Hat der Pächter, der Nießbraucher weniger? Und wenn ers nicht beschrieben hätte, gibt es überhaupt zweierlei Eigentum, ein solches am Wert und eines an der Substanz?

Aber es ist wohl auch Gierke nicht ganz ernst mit diesem

„Eigentum", denn er sagt a. a. O. S. 345 A. 2, daß für den Begriff der gesamten Hand der Mangel ideeller Quoten keineswegs gefordert werde, sondern sogar im Hintergrunde stets die Idee der Anteile schlummere, und was er mit dem „Eigentum an der Substanz des Gesellschaftsvermögens" ausdrücken will, ist nichts als die dingliche Gebundenheit der Anteile der Gesellschafter. Wäre dem nicht so, dann müßte notwendig jenes andere Eigentum, das Eigentum der einzelnen Gesellschafter am Wert des Gesellschaftsvermögens Luft sein. Aber wir glauben, daß derjenige, der — ohne anderweitigen Titel wie z. B. Pfändung — den Anspruch auf die Wertsumme hat, der wahre Eigentümer ist. Worin besteht denn die Quote der Gesellschafter nach der Theorie der geteilten Mitberechtigung während des Bestehens der Gesellschaft? Und wenn ich mein Grundstück verpachtet habe oder einen Nießbrauch daran bestellt habe auf so und so viel Jahre, unentgeltlich und mir dann von gerichtlicher Seite verboten wird, das Grundstück zu veräußern (§ 135 BGB.), was bleibt mir dann noch während Bestehens des Verhältnisses? Das Eigentum sicher. Denn an wen sollte es sonst übergegangen sein und wie? Aber worin besteht noch dieses Eigentum? In nichts anderem als dem Wert des Grundstücks. Der Wert bleibt Bestandteil meines Vermögens.

Also: auch nach Gierke steht das Eigentum am Gesellschaftsvermögen den einzelnen Gesellschaftern zu, und wir glauben, ihm keinerlei Unrecht zu tun, wenn wir ihn — hinsichtlich der Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens — auf eine Seite mit Jörges und Nagler stellen. Und wir müssen uns ein wenig wundern, wie Nagler dazukommt, S. 706 seine Kriegserklärung gegen die „Theorie der ungeteilten Mitberechtigung" gerade an ihn zu adressieren. Sie unterscheiden sich ja nur darin, daß Gierke einen Anteil am Vermögen als Ganzem (und um dies zu können, verwandelt er es in eine Wertsumme) für das Primäre, Anteile an den einzelnen Gegenständen für das Sekundäre ansieht.

Aber — das sei schon hier erwähnt — damit ist nicht aus der Welt geschafft, daß Gierke hinsichtlich anderer Rechte die Gesellschaft als Subjekt betrachtet, wie z. B. hinsichtlich des

genannten Herrschaftsrechts an der Substanz des Gesellschaftsvermögens.

Nicht anders dürfte Kohler zu beurteilen sein, der S. 396 von „wandelbaren Anteilen" spricht.

Sohms Konstruktion leidet von vornherein an einem Hauptmangel. Er unterscheidet, wie wir gesehen haben, zweierlei Anteile, solche am Vermögen, und solche an den einzelnen Gegenständen (S. 68, 69). Der Anteil erstgenannter Art ist nicht vermögensrechtlicher Natur, bedeutet vielmehr ein personenrechtliches Verhältnis: die Mitgliedschaft in der mit Gütergemeinschaft ausgestatteten Personengemeinschaft. Nur sie hat rechtliches Dasein (s. oben).

Hierauf hat Binder (Problem S. 88) die richtige Antwort, nämlich, daß die Mitgliedschaft ein Kollektivbegriff sei, und daß wir ebenso gut berechtigt wären, die ganze privatrechtliche Stellung eines Menschen unter einen solchen Begriff zu zu bringen. — Und wenn die „Mitgliedschaft" das ist, was der Gesetzgeber „Anteil am Vermögen" nennt, wie steht es dann mit ihr, wenn kein Vermögen vorhanden ist? oder wenn es im Lauf der Zeit gleich Null wird oder unter Null sinkt?

Weiter: Kraft dieser Mitgliedschaft hat nach Sohm jeder Gesamtberechtigte einen Anteil an den einzelnen Gegenständen, einen Anteil, der in Wirklichkeit existiert (S. 69). Dieser sei durch die Mehrheit der Berechtigten gefordert. Denn die ungeteilte Zuständigkeit der einzelnen Gegenstände an die mehreren Gesamtberechtigten sei unvorstellbar. Die Mehrheit der Berechtigten schließe auch in den Fällen der Gesamtberechtigung eine Teilung der Rechtszuständigkeit notwendig in sich (S. 70).

Das Letztere ist richtig, wenn wirklich eine „Mehrheit von Berechtigten" vorhanden ist. Aber gerade das ist ja die große Frage. Wir wissen zwar, daß eine Mehrheit vorhanden ist. Aber wenn die einzelnen doch kein Recht hätten? Dann wäre auch keine Notwendigkeit der Teilung vorhanden.

Diese ideellen Teile, sagt Sohm weiter, seien aber keine Bruchteile im Sinne des BGB., d. h. sie hätten nicht die Natur eines Vermögensrechts. Auch sie seien „personenrechtlicher" Natur, Aus-

fluß, Begleiterscheinung des personenrechtlichen Verhältnisses der Mitgliedschaft. Und nun fragen wir Sohm: sind denn die Ansprüche auf Gewinnanteil nicht auch Ausflüsse aus der Mitgliedschaft? Oder sind auch die nicht vermögensrechtlicher Natur? Und wenn der Gesetzgeber von (ideellen) Teilen spricht, sollte er da im innersten Herzen doch andere Anteile meinen als er meint? Eine Art reservatio mentalis? Es gibt, behaupten wir, überhaupt keine andern Anteile als Bruchteile. Und der unbefangene Leser kann auch bei § 719 gar nichts anderes denken, als daß der Gesetzgeber „Bruchteile im Sinne des BGB." gemeint hat. Bruchteile aber sind nie personenrechtlicher sondern stets sachenrechtlicher Natur. „Anteil" bedeutet doch stets „Eigentum" an einem Teil einer Sache oder einem sonstigen Gegenstand. Und „Eigentum" ist ein Begriff des Sachenrechts. Und zudem, wenn ein Gesellschafter ein Grundstück einbringt, so verliert er damit doch ohne Zweifel sein Eigentumsrecht, ein Vermögensrecht. Dieses Vermögensrecht sollte mit seiner Teilung unter die einzelnen Gesellschafter plötzlich ein Personenrecht werden? Also: es gibt nur vermögensrechtliche Anteile an Gegenständen, und diese sind Bruchteile. Man muß eben die Begriffe nehmen wie sie sind.

Was nun? Teile müssen nach Sohm unbedingt vorhanden sein. Andere als Bruchteile kennen wir nicht. Stellen wir daher Sohms Theorie der Anteile kraft Personenrechts dahin, wohin sie gehört: zur Theorie des geteilten Miteigentums.

Welche von beiden wird und muß siegen? Wir wissen's zum Voraus: die letztere.

Doch prüfen wir genau!

Wenn sich nach der ersteren das Gesamthandprinzip dahin äußert, daß bei geteilter Zuständigkeit Verfügungsbefugnis und Teilungsanspruch der einzelnen Gesellschafter ausgeschlossen sind (§ 719), und daß während des Bestandes der Gesellschaft den Privatgläubigern der Zugriff auf die Anteile versagt ist (§ 725), wie erklärt sich dann die Möglichkeit des Austritts eines Gesellschafters ohne Auseinandersetzung und ohne daß seine Anteile an den einzelnen Gegenständen der Uebertragung bedürften?

Ein „Sichausdehnen der Bruchteile auf den nunmehr frei werdenden Teil des Gesellschaftsvermögens infolge einer Rückwirkung der personenrechtlichen Gemeinschaft", wie es Jörges (Bd. 51 S. 80) und ähnlich Nagler (S. 740) in poetischen Worten beschreiben, nach welchen Sätzen des Sachenrechts, besonders der Vorschriften über Grundstücke vollzieht sich das?

Und dann, wie entstanden eigentlich die Bruchteile der Genossen? Es unterliegt wohl keinem Zweifel, erstens, daß der einzelne Gesellschafter seinen Beitrag ganz leisten muß und nicht nur zu dem auf die übrigen entfallenden Teil. Und dies hat, wie als selbstverständlich allgemein anerkannt wird, nach den allgemeinen Vorschriften über die Eigentumsübertragung zu geschehen (vergl. dazu Knoke § 32; Philipp S. 55 ff.) d. i. bei Grundstücken durch Auflassung und Eintragung (§ 873) nach Maßgabe des § 48 GBO., bei beweglichen Sachen und Inhaberpapieren nach §§ 929 ff., bei Orderpapieren durch Indossament oder Zession, bei Forderungen nach §§ 398 ff. — und das immer an alle zusammen. Es bleibt also weder eine Quote im Privateigentum des Einbringers zurück, noch werden Quoten auf die einzelnen übertragen. Noch klarer ist es, wenn ein Gegenstand durch Rechtsgeschäft von einem dritten erworben wird. Aber sachlich liegen beide Fälle ganz gleich. Auch das Mitglied einer Gesellschaft tritt da, wo es etwas in die Gesellschaftskasse einzubringen hat oder aus ihr zu fordern berechtigt ist, ihr gegenüber als „Dritter" auf. Das alles liegt so offen zu Tage und gilt im praktischen Leben als ganz selbstverständlich. Wird je das Mitglied eines Kirchenbauvereins (nichtrechtsf. Verein, auf den §§ 705 ff. Anwendung finden) sich als Teileigentümer des zusammengebrachten Geldes fühlen?

Also: es wird beim Erwerb für die Gesellschaft keine Quote auf die einzelnen Gesellschafter übertragen, wohl aber ist ein Uebertragungsakt an alle zusammen notwendig. Und da sollten nur so ohne weiteres Bruchteile für die einzelnen herausspringen? Das wäre nicht minder geheimnisvoll und wunderbar als das Sichausdehnen. Eine solche automatische Rechtsverschiebung unter Lebenden ist dem heutigen Recht schlechterdings unbekannt. Sogar

bei der ehelichen Gütergemeinschaft ist zum mindesten ein Vertrag erforderlich. Aber auch hier entsteht nicht Quoteneigentum, sondern Gesamteigentum. Der einzige Fall, wo ganz ohne alles weitere das Eigentum von einem auf den andern übergeht, ist der Erbfall — und da aus einem kühlen Grund.

Und endlich, wenn wirklich Bruchteilsberechtigung existierte, wie groß wären dann die Quoten der einzelnen Gesellschafter?

Nach Nagler (S. 723) sind sie stets gleich. Und nun nehme man einmal den einfachen Fall an, von drei Gesellschaftern habe einer 1000 M. eingelegt, die andern zwei je hundert. Da wäre dann jeder auf 400 M. berechtigt? Dafür würde sich der erste schönstens bedanken. Und dann, wenn ich ein Recht habe als Gesellschafter, so muß doch spätestens bei der Liquidation der meinem Recht entsprechende Teil in mein freies Privateigentum fallen. Nach § 733 aber erhält in dem obigen Beispiel, wenn weder Schulden noch Gewinn vorhanden sind, bei der Auseinandersetzung der eine seine 1000 M. zurück, die andern zwei je hundert!

Jörges (a. a. O. Bd. 51 S. 68) hält die Gewinnbeteiligung für einen zuverlässigen Maßstab. Dabei bleiben aber, wie Knoke S. 92 hervorhebt, die Einlagen unberücksichtigt, die ja in einem ganz anderen Verhältnis stehen können.

Und wiederum, nimmt man das Einlagenverhältnis als Richtschnur, so sind Gewinn- und Verlustbeteiligung außer acht gelassen. Und wie wäre es, wenn ein oder mehrere Gesellschafter Dienste zu leisten haben: die sollen dann keinen Anteil am Vermögen haben?

Kombiniert man aber Einlagen- und Gewinn- bezw. Verlustbeteiligung, so ergeben sich wandelbare Quoten. Daß dies zum mindesten beim Vorhandensein von Grundstücken ein Ding der Unmöglichkeit ist, dürfte kaum der Erwähnung benötigen (s. auch Knoke S. 93).

Von andern Berechnungsversuchen, besonders Labands und Adlers, ist schon bei Jörges S. 65 ff. und Knoke S. 93 nachgewiesen, daß sie unbrauchbar sind. Die Kunst der Lebenden reicht also nicht zu, das Verhältnis, nach dem die einzelnen

Gesellschafter am gemeinschaftlichen Vermögen beteiligt sein sollen, einwandfrei festzustellen.

Also, wir haben es mit Anteilen zu tun — man stelle sich z. B. Anteile an Grundstücken vor! — die

1. „sich ausdehnen",[1]) „sich verflüchtigen",[2])
2. ohne Erwerbsakt entstehen,
3. sich um keinen Preis bestimmen lassen!

Das alles auf Grund des bürgerlichen Gesetzbuchs! Vielleicht hat darum Sohm (S. 71) seine Zuflucht zu anders gearteten Bruchteilen genommen. Da aber auch das BGB. nur Teile kennt, die eben Teile d. i. Bruchteile sind, weil schlechterdings keine andern denkbar sind, so können wir mit gutem Gewissen behaupten, daß alle Versuche, am Gesellschaftsvermögen Teilrechte herauszukonstruieren, seitdem mißlungen sind und auch fürderhin aussichtslos sein werden: es gibt keine Teile, weder am Wert noch an der Substanz, weder Bruchteile noch gar anders geartete. Daß wir uns von dieser Erkenntnis auch durch den Wortlaut des Gesetzes nicht abhalten lassen dürfen, haben wir schon in der Einleitung hinreichend begründet. Und so wenig es mit dem Gesamthandprinzip vereinbar ist, wenn der Gesetzgeber von „Anteilen" redet, so wenig kann man auch von „Anwachsung" sprechen.

Weil aber, wie Sohm S. 69 sagt, ungeteilte Zuständigkeit an mehrere unvorstellbar ist, weil notwendig dieser Einheit auf der vermögensrechtlichen Seite eine ebensolche auf der personenrechtlichen entsprechen muß, darum ist auch die Behauptung, daß nach dem BGB. nur die natürlichen und die juristischen Personen des zweiten Titels im ersten Buch Rechtssubjekte seien, falsch. Der Gesetzgeber hat eben, wenngleich unbewußt, durch Einführung des Gesamthandprinzips in die Gesellschaft eine weitere Gattung von Rechtssubjekten sanktioniert.

Wie hiernach die personenrechtliche Seite der Gesellschaft gestaltet ist, und in welcher Beziehung Gesellschaft und sog. jur. Personen zu einander stehen, das wird sich im folgenden ergeben.

---

[1]) Jörges a. a. O. Bd. 51 S. 80.

[2]) Nagler S. 741.

2. Die personenrechtliche Seite der Gesellschaft.

§ 8.

Die bisherige Beurteilung der Gesellschaft in der Literatur.

Wie wir im Vorigen gesehen haben, erschöpft sich die Wirkung der Gesamthand beim Gesellschaftsvermögen nicht in dem Ausschluß der Verfügungsbefugnis (und damit des Zugriffs der Privatgläubiger) und des Teilungsanspruchs, sondern bringt eine die Zuständigkeit selbst ergreifende Bindung mit sich, so daß also die erstgenannten Tatsachen nicht sowohl das Wesen der gesamten Hand als vielmehr nur ihre natürlichen Folgen offenbaren. Daraus ergibt sich der für unsere Begriffe unabweisbare Schluß, daß die Gesellschaft, d. i. die Gesamtheit der jeweiligen Gesellschafter Rechtssubjekt ist. Und diese Fähigkeit, eigene Rechte und Pflichten zu haben, ist notwendigerweise vorhanden, ehe Gesellschaftsvermögen besteht, d. h. ein dem Rechte nach ungeteiltes Gesellschaftsvermögen kann nur die Folge des Vorhandenseins eines einheitlichen Rechtssubjekts sein. Es ist — auf Grund des BGB. — ein Ding der Unmöglichkeit, wenn Wölz S. 102 behauptet, das Sondervermögen sei allein eine rechtlich besondere Erscheinung mit absoluter Wirkung, während eine personenrechtliche Vereinigung nicht bestehe; das Sondervermögen entstehe aus dem Vertrag ebenso wie bei Vereinen mit Rechtsfähigkeit diese selbst als persönliche Vereinigung, als ein besonderes etwas im Rechtssinne, und wenn er, um dem Mangel eines korrespondierenden Subjekts abzuhelfen, das Vermögen selbst als Subjektseinheit setzt gleich dem Individuum (S. 1 und 101).

Unsere Auffassung von der Gesellschaft als einer personenrechtlichen Einheit ist auch diejenige, die allein der geschichtlichen Bedeutung der gesamten Hand vollauf gerecht wird. Wenn nicht in den Ganerben des altgermanischen Familienrechts die Vorstellung gelebt hätte, daß sie hinsichtlich des ererbten Vermögens nur in ihrer Zusammenfassung zu einem einheitlichen Ganzen berechtigt seien und sich verpflichten können, wozu dann das

Symbol, das dem Gedanken seinen Namen gegeben? Auch Gierke sagt (ABR. S. 117/8): „Alle gesamte Hand ist grundsätzlich zuerst Personenverbindung." Um so verwunderlicher ist es darum, daß er bezüglich der personenrechtlichen Seite der Gesellschaft eine so zweideutige Haltung einnimmt. Einerseits sagt er (ABR. S. 121): „Rechtsfähig ist auch die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts" und (Vereine o. R. S. 29): „So ist das Vereinsvermögen ein Sondervermögen, dessen Subjekt die jeweilige Mitgliedergesamtheit in ihrer vereinsmäßigen Verbundenheit und somit als dauernde Personeneinheit ist"; und dann behauptet er wieder: „Der Verein ist überhaupt kein Rechtssubjekt, sondern ein Rechtsverhältnis" (Vereine o. R. S. 14; eine weitere Stelle desselben Sinns ist bei Sohm a. a. O. S. 65 A., angeführt).

Ganz offen und entschieden tritt für den Gedanken, daß die Gesellschaft des BGB. ein Rechtssubjekt sei so gut wie die sog. juristische Person, soviel ich sehe, nur Heidrich S. 51 ff. ein. Ein gewisser Respekt vor der Vorzugstellung der juristischen Person, eine Scheu, dieser ins Gehege zu kommen, hält selbst die zurück, welche die Ungeteiltheit des Gesellschaftsvermögens verfechten. So faßt Endemann seine Ansicht von dem Rechtsinstitut in die vorsichtigen Worte: „Die Gesellschaft ist die durch den eigenartigen Gesellschaftsvertrag begründete und geordnete Gemeinderschaft" (S. 1131), und S. 1132: „Die Gesellschaft wird nach dem BGB. als ein eigenartiges Schuldverhältnis behandelt."
Auf die Frage nach dem Wesen der Gesellschaft gibt es doch nur 2 Möglichkeiten klarer Beantwortung: entweder ist sie Rechtssubjekt oder Rechtsverhältnis. Im einen Fall gehört ihr und nur ihr das Gesellschaftsvermögen, im andern Fall den einzelnen Gesellschaftern nach Bruchteilen. Aber so selten diejenigen Schriftsteller sind, die unzweideutig für die Subjektivität der Gesellschaft eintreten, so selten geht auch aus den Definitionen der andern klar hervor, daß sie diese für ein Rechtsverhältnis halten [1]) — vielleicht, weil sich hiegegen doch ihr Gefühl ein wenig sträubt. Die Gesellschaft des BGB. und nach § 54 der nicht-

[1]) Zu diesen wenigen gehören z. B. Goldmann u. Lilienthal S. 727; Binder S. 85/86; Knoke S. 11.

rechtsfähige Verein, die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft Rechtsverhältnisse! Die Aktiengesellschaft aber und der eingetragene Verein Rechtssubjekte! So entstehen denn Bezeichnungen unter denen man dies und das verstehen kann, wie „Zweckorganisation“ [2]), „Personenverband“, „Personenmehrheit [3]), „persönliche Vermögensgemeinschaft“ [4]), „vertragsmäßige Vereinigung Mehrerer“ [5]) usw. Ein Laie, der diese Gebilde im wirtschaftlichen Leben ihre Rolle hat spielen sehen, ja, wer nur halbwegs Sinn für den Sprachgebrauch hat, würde es sich nie einfallen lassen, die Gesellschaft und was rechtlich gleich zu behandeln ist wie sie in eine Reihe zu stellen mit obligatorischen Rechtsverhältnissen wie Kauf, Mietverhältnis usw. Ein Jurist aber kann das! Und zwar, obwohl § 124 HGB. ausdrücklich bestimmt, daß die offene Handelsgesellschaft — und daß diese wesensgleich ist mit der Gesellschaft des BGB., wird wohl niemand leugnen — unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden könne! Oder sollte etwa die Firma die Rechtsfähigkeit mit sich bringen? Sie ist doch nichts als eine formelle Begünstigung im Interesse der Verkehrsfähigkeit. Und irreführend zum mindesten ist es, wenn z. B. Enneccerus S. 453, Cluud S. 130, Matthiaß S. 348 die Gesellschaft einen „Vertrag“ nennen. [6])

Alle diese Verirrungen kommen natürlich nur daher, daß der Gesetzgeber selbst nicht wußte, was er mit der Anwendung des Gesamthandprinzips auf die Gesellschaft schuf. Er hat nicht daran gedacht, daß die Gesellschaft damit in ihren Fundamenten eine ganz andere werden mußte als die societas des römisch — gemeinen Rechts. Wenn man aber diese Folgen der Verkennung

---

2) Kuhlenbeck S. 393.

3) Cosack S. 441.

4) Kohler S. 394.

5) Dernburg S. 606; Müller u. Meikel S. 568; Schollmeyer S. 142; Oertmann S. 852.

6) Dagegen wendet sich auch Goldmann u. Lilienthal S. 727 A. 2.

des Wesens der Gesamthand für Wissenschaft und Praxis ins Auge faßt, muß man doch am Ende zu dem Resultat kommen, daß der Gesetzgeber besser daran getan hätte, im Gesetzestext mehr Klarheit zu schaffen.

Also noch einmal: Die Gesellschaft und mit ihr alle die Rechtsinstitute, auf die die §§ 705 ff. Anwendung finden, ist rechtsfähig und unterscheidet sich vom sog. rechtsfähigen Verein nicht sowohl durch Mangel an Rechtsfähigkeit, als durch irgend andere Mängel. Darüber im Folgenden:

§ 9.

Korporation, nichtrechtsfähiger Verein und Gesellschaft.

Einerseits weil es die Vollständigkeit des Bildes erfordert, und andererseits, weil es für die Erkenntnis des Gesellschaftsvertrags von Wert sein wird, wollen wir die Frage nach dem Verhältnis von Gesellschaft und rechtsfähigem Verein noch ein Stückchen weiter verfolgen. Die Heranziehung des sog. nichtrechtsfähigen Vereins zur vergleichenden Betrachtung wird uns dabei förderlich sein.

Es ist sehr bestritten, ob ein wesentlicher Unterschied zwischen der Gesellschaft und dem nichtrechtsfähigen Verein besteht und welcher. Daß der Gesetzgeber selbst das Vorhandensein eines solchen voraussetzte, geht aus seinem ganzen Verhalten hervor. Sonst hätte er gar nicht zu unterscheiden brauchen, hätte zum mindesten beide an derselben Stelle und gleich behandelt, wenn er schon einmal bestimmt hat § 54 BGB., daß die Vorschriften über die Gesellschaft auch auf den nichtrechtsfähigen Verein Anwendung finden sollen. Aber er hat in §§ 50 und 735 ZPO. die passive Parteifähigkeit des letzteren und in § 213 KO. einen besonderen Konkurs über dessen Vermögen zugelassen und hat bei seinem Streben, die freie Vereinsbildung zu verhindern durch eine möglichst schlechte Behandlung der nichtrechtsfähigen, dies sicher als das Minimum der Auszeichnung vor der Gesellschaft angesehen. Eine halbe Parteifähigkeit wollte er dem Verein genehmigen, ihn im übrigen der Gesellschaft gleichstellen, die er für nicht parteifähig, weil nicht rechtsfähig hielt. Das eine

war ihm ein absichtlich benachteiligtes Institut, das seiner Natur nach eine andere Behandlung verdient hätte, das andere ein solches, das seiner verschiedenen Natur entsprechend durchaus gerecht behandelt wird.

Gierke (Vereine o. R. S. 10 ff.) hat sich mit der Frage eingehend beschäftigt und ist zu dem Resultat gekommen, daß es nicht der Zweck, nicht der Name, nicht die Zahl der Mitglieder, nicht die Kontinuität, nicht der Vorstand und nicht die Möglichkeit von Mehrheitsbeschlüssen ist, was ein zuverlässiges Unterscheidungsmerkmal zwischen Verein und Gesellschaft abgeben könnte, sondern daß „als einziges entscheidendes Kennzeichen des Vereins eine dem Gesamtinhalte nach als Körperschaftsverfassung erscheinende Einrichtung zu betrachten" sei (S. 11). Es liegt aber auf der Hand, daß diese „Einrichtung", die doch nur sich zusammensetzt aus Vorschriften über die oben genannten einzelnen Punkte, keinen wesentlichen Unterschied ausmachen kann, wenn nicht ein solcher in einem der einzelnen Punkte liegt.

Binder (a. a. O. S. 95 ff.) hingegen behauptet, der Unterschied liege in der Kontinuität des Vereins, in der Möglichkeit des Fortbestehens trotz Austritts alter und Eintritts neuer Mitglieder. Bei der Gesellschaft sei letzteres unmöglich. Der Unterschied sei allerdings nur relativ.[1]) Daß aber tatsächlich neue Mitglieder in die Gesellschaft aufgenommen werden können, wird sonst allgemein anerkannt. (Vergl. auch Komment. v. Reichsgerichtsräten S. 38 und ER. 60, 96). Es dürfte auch ein vergebliches Bemühen sein, ein solches Merkmal ausfindig machen zu wollen, das dem Verein wesentlich ist, bei der Gesellschaft aber ausgeschlossen wäre. Denn ist auch die Grundform der Gesellschaft verschieden von der des Vereins, so läßt sich doch die Gesellschaft durch die Satzung so ausgestalten, daß sie von einem Verein sich nicht mehr unterscheiden läßt. Und es ist vollkommen richtig, wenn Binder S. 99 sagt: „Die Vereine sind Gesellschaften,

---

1) Es ist unmöglich, hier näher auf die Literatur einzugehen, die sich über die Frage verbreitet hat. Vgl. im übrigen Oertmann S. 852; Knoke S. 21; Ehrenberg S. 716/7; Schollmeyer S. 142; Neumann S. 519; Hölder S. 266 ff.; Endemann S. 1128.

aber nicht alle Gesellschaften sind Vereine", d. h. Vereine sind nichts als besonders geartete Gesellschaften, so wie etwa ein Domizilwechsel nur ein besonders gearteter Wechsel ist. [2])

Daß der rechtsfähige und der nicht rechtsfähige Verein wesensgleich sind, ist unbestritten. Gierke sagt S. 11 ibid: „Ein nichtrechtsfähiger Verein ist eine von der Rechtsordnung nicht als Körperschaft anerkannte Körperschaft, ein Gebilde, das Körperschaft wäre, wenn das System der freien Körperschaftsbildung gälte." Oben haben wir gesehen, daß die Gesellschaft dem nichtrechtsfähigen Verein wesensgleich ist: somit gilt hier der weisheitschwere Satz, dem die wissensdurstigen Menschenkinder erstmals gewöhnlich in der Geometrie begegnen: Sind zwei Größen einer dritten gleich, so sind sie unter sich selbst gleich.

Aber der rechtsfähige Verein ist doch nach der von Beseler und Gierke begründeten heute herrschenden Theorie, die auch das BGB. akzeptiert hat, eine reale Gesamtperson,[3]) ein sozialorganisches Wesen,[4]) das nicht bloß rechtsfähig, sondern auch willens- und handlungsfähig ist,[5]) also ein wirkliches Lebewesen höherer Ordnung, das aber aller sinnlichen Wahrnehmung entrückt ist, immer nur durch die Vermittlung leiblicher Organe in die sichtbare Welt eintritt und im Rechtsleben wie in jeder anderen Lebensbeziehung erst durch Abstraktion als das wahre Subjekt des Wollens und Handelns erschlossen wird.[6]) [7]) Wieviel Realität dieser Gesamtperson, diesem beseelten übersinnlichen Wesen zukommt, hat Hölder a. a. O. mit außerordentlichem Geschick dargelegt, und Binder[8]) faßt das Ergebnis zusammen in die Worte: „So erscheint uns die Gierkesche Gesamtperson als eine Personifikation oder,

---

2) Ebenso Hölder S. 283.

3) Vgl. die Uebersicht bei Enneccerus I S. 222 ff. und bes. das feinsinnige Gleichnis bei Schwarz (ABR. Bd. 32 S. 13 u. 14) Ausführl. behandelt sind die einzelnen Theorien bei Binder Problem S. 12 ff. Ueber die „reale Gesamtperson" s. Gierke Genossenschaftsth. S. 5.

4) a. a. O. S. 176;

5 ibid. S. 603;

6) S. 615.

7) Hiezu insbes. Binder S. 17 ff., Hölder S. 42 ff.

8) S. 20.

wenn man will, als eine Antropomorphisierung, als ein glänzender Versuch, der juristischen Person Leben einzuhauchen, gewinnender und fesselnder als die andern Theorien, aber doch auch wie jene scheiternd an der Tatsache, daß die juristische Person nun eben kein natürlicher Organismus ist."

Gierkes Theorie ist ja auch viel zu gewagt, um keinen Widerspruch herauszufordern. Denn wenn der rechtsfähige Verein ein reales Lebewesen, ein beseelter Organismus ist, muß es der nichtrechtsfähige auch sein (und wie wir gesehen haben, auch die Gesellschaft). Sagt er doch selbst (Genossenschaftstheorie S. 23): „Das Recht empfängt die mit Persönlichkeit bekleideten Willensträger von außen. Es kann weder natürliche noch soziale Organismen aus dem Boden stampfen." „Hiernach gehört zur Entstehung jeder juristischen Person ein von der Deklaration verschiedener konstitutiver Akt. Das Wesen desselben besteht in der Hervorbringung eines von den Individuen gesonderten Trägers menschlicher Willensmacht. Die Möglichkeit einer solchen Zeugung beruht in der sozialen Anlage des Menschen." Damit kommt Gierke auf das Gebiet der Naturwissenschaft und macht eine bisher ganz unbekannte Entdeckung.

Wir können es also bei unserem oben erzielten Resultat belassen: Der rechtsfähige Verein ist wie der nichtsrechtsfähige gleich der Gesellschaft ein Personenverband, eine Personengesamtheit, aber keine Gesamtperson. Sie bestehen nicht neben oder über den Mitgliedern, sondern aus ihnen. Und der rechtsfähige Verein ist ebenso wie der nichtrechtsfähige eine Gesellschaft besonderer Art. (So auch Binder S. 112, 125). Rechtsfähig sind alle drei, teilweise zwar ohne Wissen, doch mit dem Willen des Gesetzgebers. Alle drei sind Produkte menschlicher Vereinbarung, des Gesellschaftsvertrags, von dem §§ 705 ff. sprechen. Und darum haben von Haus aus auch alle drei die gleichen natürlichen Fähigkeiten. Ob sie aber somit Willens- und Handlungsfähigkeit haben, das können wir hier füglich unerörtert lassen. Denn auf gar keinen Fall ist Willensfähigkeit notwendige Voraussetzung der Rechtsfähigkeit, sonst könnte nicht der Unmündige, der wegen Geistes-

krankheit Entmündigte oder gar der nasciturus Rechte haben.[9])

Und das einzige, wodurch sich der rechtsfähige Verein vom nichtrechtsfähigen und der Gesellschaft unterscheidet, ist die Beschränkung der Haftung für Vereinsschulden[10]) eine positivrechtliche, aus rechtspolitischen Gründen hervorgegangene Regelung.

Die wichtigste Konsequenz — und die einzige, die hier erwähnt sein möge — ist, daß Gesellschaft und nichtrechtsfähiger Verein vermöge ihrer Rechtsfähigkeit parteifähig sind (ZPO. § 50 Abs. 1) und dadurch auch konkursfähig.

Tiefer auf die vielumstrittenen, schwierigen Probleme von der juristischen Persönlichkeit und dem Rechtssubjekt überhaupt einzugehen, müssen wir uns mit Rücksicht auf den Zweck dieser Arbeit versagen. Es wäre wohl auch überflüssig. Denn wir haben mit hinreichender Deutlichkeit gesehen, auf was es uns ankam: Der Vertrag, auf dem die Gesellschaft beruht, zeitigt Wirkungen hinsichtlich der personenrechtlichen und dadurch auch der vermögensrechtlichen Seite der Gesellschaft, die ganz genau dieselben sind wie beim rechtsfähigen Verein. Es hat sich gezeigt, daß mit dem Vertragsabschluß zwar nicht eine organische Gesamtperson, wohl aber eine Personengesamtheit entsteht, daß die Gesellschafter sich nicht als einzelne gegenüberstehen, sondern zu unselbständigen Teilen eines rechtlichen Ganzen werden, und daß darum auch das Gesellschaftsvermögen im Gegensatz zu der viel loseren, im Grunde ganz anders gearteten societas des römisch-gemeinen Rechts ungeteilt diesem einzigen Subjekt zusteht — wie bei der Korporation.

Es sei hier noch hinzugefügt, daß, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine Vergemeinschaftung des ganzen gegenwärtigen Vermögens bezweckt, die Gesellschafter immer in zweierlei Funktionen erscheinen: sie sind Subjekte ihres Privatvermögens und zugleich unselbständige Teile des andern Subjekts, dem das Gesellschaftsvermögen gehört. Sie können darum — und das ent-

[9]) Diesen Gedanken betont Schwarz in seiner Lehre vom Rechtssubjekt und Rechtszweck (ABR. Bd. 32 u. 35) mit Recht.

[10]) Hölder S. 282.

spricht ganz den Tatsachen des täglichen Lebens — von der Gesellschaft verklagt werden und sie verklagen und alle möglichen Rechtsgeschäfte mit ihr abschließen.[11]) Und es ist falsch, wenn Binder S. 91 und Kipp bei Windscheid S. 780 A. 1 behaupten, Rechtsverhältnisse zwischen dem einzelnen Gesellschafter und der Gesellschaft als solcher, wie sie die sämtlichen Gesellschafter umfasse, seien undenkbar. Sie sind ebensogut denkbar wie beim sog. rechtsfähigen Verein. Was an dieser Erscheinung etwa nicht ganz klar ist, wird sich später vollends aufklären. Es wird sich auch ergeben, daß auch an unserer Konstruktion etwas nicht ganz stimmt, nämlich die Subjektivität der Gesamtheit der jeweiligen Gesellschafter. Aber sie ist ebenso richtig und ebenso falsch, wie wenn man das Vermögen des rechtsfähigen Vereins — er ist ja auch nichts anderes als die Summe seiner jeweiligen Mitglieder — diesem zuerkennt. Auf gar keinen Fall ist es geteilt.

Maßgebend aber ist, daß unsere bisherige Untersuchung die Tatsache zu Tag gefördert hat, daß die Gesellschaft in allem Wesentlichen mit dem rechtsfähigen Verein übereinstimmt.

---

[11]) Vgl. § 181 BGB. Durch arg. e contrario geht hieraus deutlich hervor, daß eine solche Doppelfunktion sehr wohl möglich ist.

Kapitel II.

Der Gesellschaftsvertrag.

§ 10.

Gesellschaftsvertrag.

Schon in der Einleitung war die Rede vom Gesellschaftsvertrag. Es hat sich dort gezeigt, daß er vielfach als Ausgangspunkt benützt wird für die Beantwortung der Frage, in welches Vermögen der Anspruch auf den zu leistenden Beitrag gehört. Und mit vollem Recht. Denn die Regulierung der Beitragsleistung bildet einen wesentlichen Bestandteil des Gesellschaftsvertrags, und einigen sich die Gründer auf seinen endgiltigen Abschluß — nur unter dieser Bedingung werden natürlich die einzelnen Vereinbarungen rechtsgiltig — so übernimmt eo ipso jeder die ihm zugedachte Beitragspflicht. Nicht als ob alle Rechte und Pflichten der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft, die während des Bestehens des Gesellschaftsverhältnisses existent werden, auf dem Gesellschaftsvertrag beruhten: wenn z. B. ein Mitglied der Gesellschaft ein Darlehen gewährt oder einen Kaufvertrag mit ihr abschließt, so gelten natürlich für solche Geschäfte die speziell für sie existierenden Vorschriften des BGB. Aber die Beitragspflicht und damit das Recht auf den Beitrag sind nur nach dem Gesellschaftsvertrag oder einem Nachvertrag zu diesem zu beurteilen: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter . . , die vereinbarten Beiträge zu leisten" (§ 705).

Wir kommen darum jetzt, nachdem wir in Kapitel I die vornehmsten Wirkungen des Gesellschaftsvertrags betrachtet haben, zu einer Untersuchung des letzteren selbst.

Die Regelung des Gesellschaftsvertrags im 14. Titel der Schuldverhältnisse und der Wortlaut des § 705 legen die Annahme, daß er ein gegenseitiger Vertrag sei, sehr nahe. Und

wie wir schon in § 1 gesehen haben, wird er tatsächlich auch in der Literatur [1]) fast durchweg für einen solchen gehalten. So meint Oertmann: „Für die Vertragsnatur spricht einmal der in konstruktionellen Fragen allerdings nicht maßgebende (!) Wortlaut, dann aber, und vor allem die Erwägung, daß beim Gesellschaftsvertrag — anders als bei der Vereinsgründung — die Interessen der einzelnen keineswegs schlechthin parallel gehen, sondern in einem weiten Maße einander gegenüberstehen. Das Sonderinteresse des einzelnen geht stets dahin, daß seine Pflichten möglichst niedrig, seine Rechte möglichst hoch angesetzt werden — viele Gesellschaftsgründungen und -Verlängerungen sind schon an der Uneinigkeit darüber gescheitert, aber wohl noch nie Vereinsgründungen, wo die Mitgliederpflichten und -Rechte grundsätzlich nach Art und Höhe gleich zu sein pflegen." Hinter diesen zweiten Grund — dem ersten legt er ja selbst keinen Wert bei — möchten wir ein großes Fragezeichen machen:

Einmal braucht der Zweck einer Gesellschaft ja gar nicht wirtschaftlicher oder gar egoistischer Natur zu sein. Und dann und ganz besonders: gibt es denn nicht auch wirtschaftliche Vereine? Glaubt etwa Oertmann, daß die in § 22 BGB. genannten Vereine hierin sich von einer sog. Erwerbs„gesellschaft" unterscheiden? Daß bei einer Aktiengesellschaft z. B. die Gründer, gewöhnlich ausgesprochene, hartgesottene, kalt berechnende Geldmänner, nicht danach trachten, daß ihre Pflichten möglichst niedrig, ihre Rechte möglichst hoch angesetzt werden?

Auch die Gegenseitigkeit bejaht er und begründet sie also: „Für den Begriff kommt es nicht darauf an, was aus den Leistungen wird, sondern nur darauf, daß jede Partei im Vertrag und nach dessen Wesen Pflichten übernimmt, die als Entgelt des oder der andern erscheinen." Allerdings kommt es darauf an. Ob das aber gerade beim Gesellschaftsvertrag der Fall ist, das eben fragt sich sehr.

Gleich ihm halten den Vertrag für einen gegenseitigen vor allem Knoke S. 42; Crome § 280; Matthiaß S. 348; Gold-

---

1) Vgl. die Literatur bei Oertmann S. 859.

mann und Liliental S. 731: Enneccerus S. 457; Plank S. 726; Ehrenberg S. 718; Kommentar von Reichsgerichtsräten S. 526; Dernburg S. 612 usw. — wie gesagt, weitaus die meisten. Wie sie dazu kommen, ist nicht schwer zu erraten: der in konstruktionellen Fragen nicht maßgebende Wortlaut (vergl. oben Oertmann) genügt ihnen meistens; besonders auffallend ist dies bei Goldmann und Liliental und bei Krome.

Einigen anderen dagegen kommt die Sache nicht so ganz geheuer vor. So sagt Landsberg S. 472/473: „Dabei erscheint die Eigentümlichkeit, daß wir hier ein gegenseitiges Vertragsverhältnis ohne eigentliches Symallagma haben. Denn die Beiträge werden nicht ausgetauscht sondern vereinigt. Will man durchaus ein Synallagma finden, so könnte es allenfalls liegen in dem Versprechen der Leistung der Beiträge und in dem darin liegenden Verzicht auf anderweitige Benutzung des Beizutragenden als zu Beitragszwecken. — Jedenfalls ergibt sich aus dieser Betrachtung, daß hier nicht, wie sonst bei den gegenseitigen Verträgen zwei Seiten mit wesentlich verschiedenen Beitragspflichten und entgegengesetzten Interessen einander gegenüberstehen, sondern die Gesellschafter sind alle prinzipiell in gleicher Weise verpflichtet und berechtigt, alle gleich an der Förderung ihres Zieles interessiert, wenn dann auch im einzelnen Verschiedenheiten und Gegensätze hervortreten mögen.“ Warum aber Landsberg trotz dieser richtigen Beobachtung nicht zu dem Schluß, daß ein gegenseitiger Vertrag ohne eigentliches Synallagma eben nicht gegenseitig ist, sich aufgeschwungen hat, ist unbegreiflich.

Nach Schollmeyer [2]) ist die Gegenseitigkeit höchstens genetischer Natur, nicht funktioneller.

Kipp-Windscheid [3]) erklärt den Gesellschaftsvertrag für einen gegenseitigen von besonderer Art. Auf dasselbe kommt es auch bei Kosack (S. 457), heraus, wogegen Kohler [4]) die Gegenseitigkeit völlig verneint. [5])

---

[2]) S. 147.

[3] S. 777 A. 1.

[4]) S. 399.

[5]) Kuntze (Leipz. Festgabe für Müller 1892) sieht ebenfalls in

Zunächst, was die Gegenseitigkeit betrifft, so können wir im eigenen Lager ihrer Verfechter Uneinigkeit beobachten, einmal darüber, worin das Synallagma zu sehen ist, und dann und ganz besonders darüber, ob und inwieweit die §§ 320 ff. auf den Gesellschaftsvertrag anzuwenden sind.

Landsberg gibt, so haben wir gesehen, von vornherein zu, daß ein eigentliches Synallagma überhaupt nicht vorliege; wolle man aber durchaus ein solches finden, so liege es allenfalls in dem Versprechen der Leistung der Beiträge und dem Verzicht auf anderweitige Benutzung. Auch Ehrenberg ist der Ansicht (S. 718), daß sich jeder Gesellschafter jedem zur Förderung des Zwecks verpflichte, und sieht offenbar darin das Synallagma. Ebenso sagt Enneccerus S. 457/458, daß jeder Gesellschafter seine Leistung zu Gunsten der andern verspreche, dafür, daß auch die andern zu seinen Gunsten sich zu Leistungen verpflichten. Der Endzweck des Gesellschaftsvertrags, fügt er hinzu, liege allerdings meistens nicht (wohl nie!) in den gegenseitigen Leistungen, sondern in dem gemeinschaftlich zu erreichenden Zwecke z. B. dem zu erzielenden Gewinne. Doch das sei nicht entscheidend: denn das Wesen des gegenseitigen Vertrags sei nicht dahin zu beschränken, daß er lediglich einen Austausch bezwecken könne. Sein Wesen erfordere vielmehr nur, daß jede Partei ihre Leistungen dafür verspreche, daß auch die andern sich verpflichten, mithin als Entgelt der Gegenleistung. Ebenso Oertmann s. oben.

Auch Knoke ist dieser Ansicht (S. 41/42), und er behauptet, ein gegenseitiger Vertrag liege überall da vor, wo der eine Teil seine Verpflichtungen nur übernehme, wenn und weil sich auch der andere ihm gegenüber verpflichte, wo also das Versprechen des einen Teils den Rechtsgrund für die von dem andern Teil übernommene Verpflichtung bilde.

Gegen diese allgemeine Behauptung ist kaum etwas einzuwenden, wohl aber gegen die Annahme, daß das beim Gesellschaftsvertrag zutreffe. Man darf eben nicht immer nur an eine Gesellschaft denken, wo etwa 3 oder 4 oder gar bloß 2 Mit-

---

dem Gesellschaftsvertrag etwas besonderes, aber nur weil mehr als 2 Parteien beteiligt sein können und benennt ihn „synergetisch" S. 33.

glieder sind und deren Zweck auf Gewinnerzielung gerichtet ist. Ein solcher Gesellschaftsvertrag hat freilich mit einem gegenseitigen viel Aehnlichkeit. Aber man bedenke, daß der Gründungsakt eines Vereins laut § 54 BGB. auch unter § 705 fällt und daß es auch Gesellschaften gibt, deren Zweck ein idealer ist und deren Mitglieder nach Dutzenden und Hunderten zählen. Angenommen z. B., der Zweck einer Gesellschaft sei auf Volksbildung gerichtet. Und nun fragen wir: zu wessen „Gunsten“ leistet denn ein Gesellschafter seinen Beitrag? Und, ist es ein „Entgelt“ für ihn, wenn auch die andern ihren Beitrag leisten? Gewiß stehen die Beitragspflichten nicht außer allem Zusammenhang. Und gewiß mag jeder einzelne Gesellschafter sein Interesse daran haben, daß die andern ihre Beiträge auch einbringen. Aber ein „Rechtsgrund“ liegt darin noch lange nicht. Je mehr Teilnehmer und je niedriger die Beiträge, desto loser ist der Zusammenhang. Vielfach weiß da der einzelne Genosse gar nicht, wer beteiligt ist und mit welchem Beitrag. Von einem „gegenseitigen“ Kontrahieren unter den einzelnen Mitgliedern kann doch z. B. bei einem zahlreichen Verein gar keine Rede sein. Ja es kann vorkommen, daß es dem einen viel angenehmer wäre, wenn dieser oder jener andere nicht beteiligt wäre; weil ihn aber das Unternehmen interessiert, tritt er trotzdem bei.

Oder denken wir uns den Fall,: Irgendwo, an einem mir lieben Ort will sich eine Gesellschaft für Erhaltung der Altertümer gründen. Es fehlen aber die Mittel. Ich springe bei und verpflichte mich dem Haupt der Unternehmung zu einem Beitrag von 1000 M. Ist es da für mich Rechtsgrund, daß Herr X. und Herr Y. usw. auch vielleicht mit je 10 M. beitreten? Oder kann man gar die Verpflichtung, die sie übernehmen als Entgelt für meine Verpflichtung betrachten? Aber gewiß nicht. Das einzige, was uns veranlaßt, ist der Zweck — und der ist gemeinsam.

Es ist wahr, daß man das Wesen des gegenseitigen Vertrags nicht dahin beschränken darf, daß er lediglich einen Austausch von Leistungen bezwecken könne (Enneccerus s. oben). Wenn ich mir von meinem Nachbar versprechen lasse, daß er seinen gefährlichen

Hund verkaufe, wogegen ich dann gegen ihn zu schimpfen aufhören werde — wir setzen auch eine Vertragsstrafe von 100 M. fest — so ist es ohne Zweifel ein gegenseiteger Vertrag, bei dem ein Austausch von Leistungen absolut nicht stattfindet. Aber unsere Zwecke sind verschieden : ich will meine Kinder oder meine Hennen vor Schaden bewahren, er will seine Ruhe vor mir haben. Der Interessengegensatz ist es, was den gegenseitigen Vertrag von dem Gesellschaftsvertrag unterscheidet. Wenn Oertmann daran erinnert, daß die Beteiligten auch beim Gesellschaftsvertrag entgegengesetzte Interessen verfolgen, indem jeder möglichst gut wegzukommen trachte, so ist darauf zu entgegnen, erstens, daß diese Wünsche nur bei Erwerbsgesellschaften in Frage kommen können, oder besser gesagt, bei solchen mit egoistischem Zweck, und zweitens, daß sie auch da dem Sinn des Gesellschaftsvertrags ganz und gar zuwiderlaufen und ihm darum nicht das Gepräge geben können.

Anders greift es Cluud (S. 37) an. Er behauptet, es gebe jeder Gesellschafter seinen Beitrag und erhalte dafür eine Beteiligung an dem gemeinschaftlichen Zwecke, eine Gewinnchance. Diese beiden Werte stünden im Austauschverhältnis. Dem Einwand, der hiegegen eigentlich am nächsten liegt, nämlich, daß nicht alle Gesellschaften Gewinnzweck haben, beugt er also vor Anm. 4: „Liegt der Zweck nicht auf dem Gebiet des Gelderwerbs, wie z. B. bei Gesellschaften mit gemeinnützigen Zwecken, so besteht das Interesse des einzelnen nur an dem Zweck schlechthin, und nicht, wie bei der Erwerbsgesellschaft, an einem noch jenseits des gemeinsamen Zweckes liegenden Zwecke des individuellen Gewinns. Das Interesse eines jeden Gesellschafters geht dann dahin, daß die für die Zweckförderung bestimmten Mittel auch zusammengebracht werden, hierauf hat jeder Gesellschafter Anspruch.“ Also des Pudels Kern ist: bei Erwerbsgesellschaften bildet die Gewinnchance, bei andern der Anspruch auf Einbringung der für die Zweckförderung bestimmten Mittel, der Beitragsanspruch die Gegenleistung. So hätte denn im zweiten Fall Cluud dasselbe, was er bei andern verwarf, doch wieder aufgestellt. Und wie steht es mit der Gewinnchance, von wem erhält er denn die als Entgelt?

Er muß doch selber an der Verwirklichung mitarbeiten, und ein Entgelt kann doch begriffsnotwendig nur etwas sein, das andere aus eigener Kraft, ohne meine Mitwirkung, und aus dem was ihrer freien Verfügung untersteht, leisten können. Was die andern Gesellschafter bestenfalls als Entgelt leisten können, das ist das Versprechen, mitzuwirken an der Realisierung der Gewinnchance, vielmehr der Hoffnung auf Gewinn — das ist nichts anderes als die Verpflichtung zur Beitragsleistung. So hat sich Cluud umsonst abgemüht. Es ist ja vollkommen richtig, daß die Gewinnchance das Motiv zur Beitragsleistung vielfach ist. Aber mit dem „Entgelt" ist's nichts.

. . . . . Wenn man durchaus ein Synallagma finden will!

Am meisten aber fällt in die Augen und macht stutzig die Uneinigkeit über die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. Oertmann behauptet zwar S. 859, wenn der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger sei, so folge daraus noch nicht, daß alle Bestimmungen über gegenseitige Verträge auch auf ihn anwendbar seien. Ist aber das nicht ein Widerspruch in sich? Und selbst wenn es wahr sein sollte, daß da oder dort aus praktischen Gründen eine Ausnahme zugelassen werden müsse, so ist es doch zu sonderbar, daß der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger sein soll, aber die §§ 320 ff. überhaupt keine Anwendung finden sollen. Und diese Ansicht vertreten allerdings z. B. Kipp-Windscheid § 406 Zus. 1 c; Dernburg S. 612/13; Schollmeyer S. 147. Andere bejahen die Anwendbarkeit prinzipiell, lassen aber Einschränkungen aus praktischen Gründen zu. Es würde viel zu weit gehen, wollten wir hier die hierüber existierende Literatur,[6]) die nicht zu spärlich ist, ins einzelne verfolgen und die Chancen jeder einzelnen Vorschrift über die gegenseitigen Verträge nach ihrer Verwendbarkeit für den Gesellschaftsvertrag prüfen. Nur das mag, besonders gegen Planck, betont werden, daß es auf alle Fälle unzulässig ist, immer zu scheiden: sind es zwei Gesellschafter, dann ist es so; sind es mehr, dann so. Freilich, wenn es nur zwei Gesellschafter sind, dann gewinnt der Gesellschaftsvertrag an Aehnlichkeit mit dem gegenseitigen; aber im Wesen unterscheidet er sich doch nicht von

---

[6]) Vgl. auch Planck S. 729 ff.; Oertmann S. 859.

einem, an dem mehr beteiligt sind. Entweder müssen die genannten Vorschriften immer anwendbar sein, seien es 2 oder 7 oder 100 Gesellschafter, oder sind sie es gar nicht.

Die vielen Schwierigkeiten, in die man allenthalben bei der Annahme eines gegenseitigen Vertrags kommen muß, sprechen sicher nicht besonders vorteilhaft für diese Möglichkeit. Diese Theorie hat nichts, auch gar nichts für sich als die nichtssagenden Gründe des Wortlauts und der lokalen Regelung im Gesetz.

Auf der andern Seite hingegen stehen sehr gewichtige, rundweg zwingende Gründe, die nicht nur gegen die Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrags sprechen, sondern sogar die Annahme rechtfertigen, daß hier überhaupt kein Vertrag im gewöhnlichen Sinn vorliegt. Wir kennen sie so ziemlich: Es hat sich gezeigt, daß sich ein Synallagma mit dem besten Willen nicht auffinden läßt, und daß darum, wie die Literatur bestätigt, die Anwendung der §§ 320 ff. allerorts auf Schwierigkeiten stößt; wir haben gesehen, daß der Gesellschaftsvertrag Wirkungen zeitigt, die einem gewöhnlichen obligatorischen Vertrag fern liegen — mit seinem Abschluß entsteht ein Ganzes, dem das Gesetz Rechtsfähigkeit verliehen hat, mit der Folge eines neuen Vermögensganzen, das dem Privatvermögen der einzelnen Genossen völlig entzogen ist. Das sind absolute, konstitutive Wirkungen, Begründungswirkungen. Hat je ein Kaufvertrag, ein Dienst-, ein Werkvertrag solche Folgen? Dazu kommt noch, was auch Kuntze (s. o.) betont hat, daß nämlich am Gesellschaftsvertrag mehr als 2 Parteien sich beteiligen können; das ist sicher auch ein Moment, das zu einer scharfen Scheidung zwischen dem gegenseitigen und dem Gesellschaftsvertrag zwingt.

Wir haben weiter gesehen, daß die Gesellschaft und der sog. nichtrechtsfähige und der sog. rechtsfähige Verein wesensgleich sind. Und ihr Geburtsakt sollte so grundverschieden sein? Der Vertrag, auf dem ein rechtsfähiger Verein beruht oder eine Aktiengesellschaft, wird heute wohl von keinem Menschen als gegenseitiger „obligatorischer Vertrag“ tituliert. Das Gesetz spricht von „Verfassung“ oder „Statut“ (oder „Satzung“). Und doch ist jeder rechtsfähige Verein zuerst ein nichtrechtsfähiger ge-

wesen — so lehrt die herrschende Meinung. Der Vertrag, auf dem ein nichtrechtsfähiger Verein beruht, ist ein Gesellschaftsvertrag nach § 705 (§ 54 BGB.). Sollte nun etwa da im Moment der Eintragung oder Konzessionierung der Gesellschaftsvertrag seine Natur ändern, eine Metamorphose durchmachen? Oder, wenn man diesen — unbedingt richtigen — Gedankengang nicht anerkennen will: selbst nach gegnerischer Ansicht [7]) kann eine Gesellschaft — also wenn sie nicht schon von selbst rechtsfähig wäre, was ja jene verneinen — juristische Person werden, wenn sie sich in das erforderliche Kleid hüllt. Man sieht ihr nachher nicht mehr an, daß sie einst eine verachtete Gesellschaft war. Und ihre Entstehung, wie ist die dann zu beurteilen?

In Rom waren die Sklaven nicht rechtsfähig, aber sie wurden es durch Freilassung. Wurden sie in dem Freilassungsmoment andere Wesen, deren Entstehungsgeschichte von diesem Augenblick ab rückwärts nunmehr ganz anderen naturwissenschaftlichen Gesetzen unterlag? Der Widersinn ist ja so handgreiflich, daß man nicht meinen sollte, es hätte je eines Wortes darüber bedurft. Und doch vertritt ihn so ziemlich die gesamte Literatur von heute und hält mit einer fabelhaften Ausdauer an ihm fest. Wiederum ist es nicht unsere Aufgabe, tiefer auf das Wesen des Gesellschaftsvertrags einzugehen. Es genügt an sich für unsern Zweck vollauf, die Identität des Gesellschaftsvertrags mit dem Gründungsvertrag des rechtsfähigen Vereins, der Aktiengesellschaft usw. nachgewiesen zu haben. Aber wir dürfen vielleicht beifügen, was Gierke über diese Art von Verträgen sagt. Vorweg ist zu bemerken, daß auch er den allgemein hervorgehobenen Unterschied macht. Genossenschaftstheorie S. 470 sagt er z. B.: „Der Gesellschaftsvertrag ist nicht nur dem Namen nach, sondern auch dem Wesen nach ein Gesellschaftsvertrag und unterscheidet sich schon äußerlich von dem nur fälschlich so genannten konstituierenden Akt, der eine Aktiengesellschaft oder eingetragene Genossenschaft ins Leben ruft." Auch er ist nicht frei von dem Irrtum,

---

[7]) Nagler S. 701: „An sich (positivrechtlich) wäre die Erhöhung der Gesellschaft zur juristischen Person zu einem besonderen Rechtssubjekt wohl durchzuführen."

daß eine offene Handelsgesellschaft sich wesentlich von einer Aktiengesellschaft unterscheide in den hier interessierenden Punkten. Demselben Irrtum begegnen wir in Vereine o. R S. 13. Da heißt es: „Die Errichtung des Vereins darf nicht als das, was sie ist, als konstituierender Gesamtakt, sie muß vielmehr als Gesellschaftsvertrag aufgefaßt werden.“ Das wäre aber doch ganz unmöglich, wenn zwischen beiden ein wesentlicher Unterschied bestände? Was würden wir dazu sagen, wenn man uns vorschriebe, wir sollen einen Esel für ein Huhn oder ein Haus für ein Nilpferd ansehen? Das hat wohl auch Gierke gefühlt, denn er fährt fort: „Aber dieser Vertrag enthält, weil er eine personenrechtliche Verbundenheit setzt, etwas von einer Vereinigungstat. Die Satzung des Vereins ist im Rechtssinn nicht Satzung, sondern ein Inbegriff von Vertragsbestimmungen; aber die vertragsmäßige Festsetzung gewinnt durch die ihr verliehene Macht, eine dauernde Willensgemeinschaft zu bewirken und zu normieren, ein autonomisches Gepräge.“ Hier sieht man ganz genau, wie nach Gierke die Lösung des Rätsels stand, und was ihn von dem letzten Schritt zurückhielt: sein unbedingter Glaube an sein eigenes Geisteskind, die juristische Person als Lebewesen, das natürlich auf andere Weise zur Welt kommen muß als eine simple Gesellschaft.

Aber was den Gründungsvertrag einer Aktiengesellschaft z. B., dem wir den der bürgerlichen Gesellschaft und der offenen Handelsgesellschaft gleichzustellen vollstes Recht haben, betrifft, so können wir seine Ansicht Wort für Wort unterschreiben. In interessanten Ausführungen schildert er (Genossenschaftsth. S. 128 ff.) das successive Zustandekommen des konstituierenden Akts und betont dann S. 131, es sei gerade die Natur derartiger „gemeinschaftlich gebundenen Individualrechtsverhältnisse“, daß sie nicht auf vertragsmäßiger sondern auf verfassungsmäßiger Grundlage ruhen. Und S. 133 Anm. 3 lesen wir die treffenden Bemerkungen: „Der Begriff des Gesellschaftsvertrags ist genau so unpassend für die Gründung eines Vereins wie für die Aufrichtung eines Staates oder einer Kirche, und kann so wenig bei privatrechtlichen wie bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften, zu Grunde gelegt werden. Wenn die deutsche Reichsgesetzgebung bei Aktiengesellschaften und

eingetragenen Genossenschaften von einem Gesellschaftsvertrag spricht, so ist die Benennung „Vertrag" für die juristische Konstruktion des Gründungsaktes so wenig maßgebend wie die Bezeichnung „Gesellschaft" dem Verein den körperschaftlichen Charakter entzieht." Darauf empfiehlt er die Bezeichnung „Statut" und fährt weiter unten fort: „Soll nicht überhaupt der ganze Vertragsbegriff unklar zerfließen, so muß er auf das Gebiet der von der Rechtsordnung anerkannten Freiheitssphären für sich stehender Subjekte eingeschränkt werden." Auch hier ist es total unbegreiflich, daß Gierke den Vertrag einer offenen Handelsgesellschaft für etwas ganz anderes betrachtet und darum von dieser Betrachtung hier ausschließt.

Kuntze hat in einer Abhandlung „der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff" (Festgabe für Müller 1892) eine Art von Rechtsgeschäften besprochen, die er „Gesamtakte" heißt und unter die er u. a. auch den Gründungsakt der Aktiengesellschaft rechnet. Davon will er aber streng getrennt wissen den Gesellschaftsvertrag. Der sei ein wirklicher Vertrag, aber im Gegensatz zum gegenseitigen ein „synergetischer", weil er von Natur aus für mehr als 2 Parteien eingerichtet sei. Er sieht aber in der Aktiengesellschaft mit der herrschenden Meinung ein Wesen wie es Gierke konstruiert, rechnet andererseits die o. H. offenbar dem alten Societätsbegriff bei, so daß anzunehmen ist, daß er auch die Gesellschaft des BGB. hieher zählen würde. Da wir aber wissen, daß der Gründungsvertrag einer bürgerlichen Gesellschaft sich im Wesen nicht unterscheidet von dem eines Vereins oder einer Aktiengesellschaft, so möchten wir geneigt sein, den von ihm vorgeschlagenen Rechtsbegriff, den auch Gierke schon vorher für die Aktiengesellschaft verwendet hat, den Namen „Gesamtakt" auch auf unsern Fall zur Anwendung zu bringen.

§ 11.

Gesellschaftsvertrag. (Fortsetzung.)

Ein Statut also ist's, eine Satzung, eine Verfassung, was der „Gesamtakt" sanktioniert, und wonach sich Rechte und Pflichten der Gesellschafter richten, und nicht ein obligatorischer gegen-

seitiger Vertrag. Eine Summe von Beschlüssen der Begründer ist es, und nicht, wie Ehrenberg S. 717 u. 718 meint, ein Komplex gegenseitiger Verpflichtungen. So nur ist es möglich, wenn § 709 von einer Entscheidung der Mehrheit spricht, wenn Mitglieder ein- und austreten und ausgeschlossen werden können, während der „Vertrag" immer derselbe bleibt. Das Rechtsverhältnis unter den Gesellschaftern stellt sich, wie Affolter a. a. O. S. 242 sagt, nicht als ein vertragsmäßiges dar, sondern als ein gesetzliches. Die Gründung der Gesellschaft, meint er S. 243, habe mit einem Vertrage allerdings Aehnlichkeit. Die Gründer ordneten die Rechtsverhältnisse und die Organisation im gegenseitigen Einverständnisse. Allein alles, was die Uebereinstimmung des gegenseitigen Einverständnisses anbetreffe, sei bloß präparatorischer Natur. Das Rechtliche beginne erst mit der von jedem Gründer abgegebenen Erklärung, sich den entworfenen Gesellschaftsbestimmungen zu unterziehen. Das ist vollkommen richtig. Mit der gegenseitigen Erklärung also, daß er den Statuten sich unterordnen werde, erwirbt jeder Gesellschafter seine Mitgliedsrechte und übernimmt seine Mitgliedspflichten — somit auch die Pflicht zur Beitragsleistung. Diese Erklärungen sind solange bedingt, bis alle Gründer die ihrigen abgegeben haben. Das ist die „Gegenseitigkeit". Zur Entgegennahme sind die im Statut genannten, im Zweifel alle übrigen zusammen berechtigt — aber schon hier nicht etwa als Vertragsparteien, sondern als Geschäftsführer, als Interessenvertreter der Gesellschaft. Wem somit der Anspruch auf den Beitrag zukommt, liegt auf der Hand: Er gehört der Gesellschaft. Das ist für den rechtsfähigen Verein wohl nie bestritten worden — und ist hier ebenso selbstverständlich. Ihn geltend zu machen sind berechtigt und verpflichtet nur der oder die Geschäftsführer. Gehört dazu auch der zu verklagende, so ist er natürlich stets für eine solche Handlung der Geschäftsführung stillschweigend enthoben (analog § 181 BGB.) weil er nicht in zweierlei Funktionen vor Gericht erscheinen kann. Die Interessen der Gesellschaft werden so lange durch die übrigen allein wahrgenommen; im Notfall, wenn er allein Geschäftsführer war, müssen die andern Gesellschafter einen Stellvertreter beauftragen.

Für das Privatvermögen eines Gesellschafters aber kommt dabei rein gar nichts heraus. — Es ist geradezu unbegreiflich, daß Affolter trotz seiner richtigen Auffassung vom Gesellschaftsvertrag das Recht auf den Beitrag den einzelnen Gesellschaftern zuerkennt (S. 225).

Damit haben wir eine Lösung der vielumstrittenen Frage gefunden, eine Lösung, die auf dem positiven Recht fußend der Billigkeit und dem praktischen Bedürfnis entspricht. Ob es uns vergönnt ist, damit dem Streit ein Ende zu setzen? Wir wollen uns keine allzukühnen Hoffnungen machen. Die Uebermacht der herrschenden Meinung wird dafür sorgen, daß man noch lange den Gesellschaftsvertrag gleich dem Mietvertrag für gegenseitig hält und in buntem Durcheinander mit gegenseitigen und einseitigen obligatorischen Verträgen behandelt, und daß man infolgedessen den Anspruch auf den Beitrag in der Wissenschaft noch immer den einzelnen Gesellschaftern als Bestandteil ihres Privatvermögens zuspricht — obwohl das praktische Leben dem nie gefolgt ist: Es kann ja nicht. Aber wie alles Recht den Bedürfnissen den Lebens entsprungen ist, so haben auch wiederum die Bestimmungen des Gesetzgebers und ihre Auslegung in der Wissenschaft nur einen Wert, wenn sie diesen Bedürfnissen genügen.

Kapitel III.

Der Beitrag und das Anwendungsgebiet der §§ 705 ff.

§ 12.

Der Beitrag.

Jeder Gesellschafter muß in bestimmter Weise zur Förderung des gemeinsamen Zwecks beitragen, einen gewissen Beitrag leisten. Welcher Art dieser sein muß und wie hoch, wird im Statut festgesetzt. Auf keinen Fall braucht er immer in Geld zu bestehen. Schon im röm. Recht waren giltige Beiträge Vermögenswerte aller Art und Dienste.[1]) Ebenso bestimmt § 706 BGB. Abs. 3, daß der Beitrag eines Gesellschafters „auch" in der Leistung von Diensten bestehen kann. Es sind also mögliche Beiträge Geld und andere Sachen, verbrauchbare und nicht verbrauchbare, vertretbare und nicht vertretbare, bewegliche und unbewegliche, Forderungen und Dienste verschiedenster Art. Sogar in dem bloßen Beitritt, der Einbringung des Namens kann ein Beitrag gesehen werden (Knoke S. 29). Ungiltig aber sind nach allgemeinen Regeln Verpflichtungen zur Leistung von Beiträgen, die dem Gesetz oder den guten Sitten zuwiderlaufen (§§ 34, 138 z. B. § 310).

Sachen können zu Eigentum (quoad sortem) oder zum bloßem Gebrauch (quoad usum) eingebracht werden. Ob dieses oder jenes der Fall ist, hat wiederum der Vertrag zu bestimmen. Mangels einer diesbezüglichen Vorschrift ordnet § 706 Abs. 2 an, daß vertretbare und verbrauchbare Sachen im Zweifel als quoad sortem eingebracht gelten; ebenso nichtvertretbare und nichtverbrauchbare, wenn ihr Wert durch eine Schätzung festgestellt ist, die nicht bloß als Maßstab für die Gewinnverteilung vorgenommen wurde. Das Eigentum ist nach den allgemeinen

---

[1]) Knoke S. 3.

Regeln zu übertragen (Oertmann S. 863; **Knoke** S. 30). **Bei** quoad usum eingebrachten trägt der Eigentümer die Gefahr, muß aber bei einem etwaigen Untergang richtiger Ansicht nach keinen Ersatz beschaffen [2]). Bei Einbringung quoad sortem geht die Gefahr mit dem Eigentum auf die Gesellschaft über (Planck S. 738; Goldmann und Liliental S. 742).

Was die Haftung für Mängel eingebrachter Sachen betrifft, so wird gewöhnlich behauptet, daß der Einbringer bei bloßer Gebrauchsüberlassung nach den Regeln des Mietrechts, bei Einbringung zu Eigentum nach denen des Kaufs (§§ 493, 445) Gewähr zu leisten habe [3]). Das kommt daher, daß man den Gesellschaftsvertrag für einen gegenseitigen und die Einbringung für eine Leistung gegen Entgelt hält. Daß dies beides nicht der Fall ist (ähnlich auch Kohler), haben wir schon oben gesehen, wenngleich es bei Erwerbsgesellschaften z. T. so scheint. Wohl entäußert sich der Eigentümer seines Eigentums oder wenigstens seines Gebrauchsrechts. Aber wo bleibt das Entgelt z. B. bei einer Gesellschaft mit wohltätigem Zweck? Vielfach wird überhaupt eine Schenkung vorliegen, vor allem in Fällen wie der ebengenannte. Will man in der inneren Befriedigung ein Entgelt sehen, so kann man ebenso jedes Kirchenopfer als eine entgeltliche Entäußerung betrachten. Sehr viel Aehnlichkeit hat die Einbringung besonders von bedeutenderen Vermögenswerten mit einem unverzinslichen Darlehen. Steckt dahinter, wie z. B. bei den Erwerbsgesellschaften, eine individuelle Gewinnabsicht, so nimmt, da immerhin die Chancen sehr ungewiß sind und leicht auch der Einsatz verloren gehen kann, die Einbringung einen gewagten Charakter an.

Zwar wäre eine strenge Haftung sicher dem Gesellschaftszweck förderlich, — aber ebenso auch eine Haftung für omnis culpa im Verhalten der Gesellschafter (§ 708). Der Schenkungscharakter **jedoch, der zum Teil ganz unverfälscht vorliegt** und die Bereitschaft des **Einbringers** in den andern Fällen, die

---

[2]) a. A. Oertmann S. 863.

[3]) Oertmann S. 863; Knoke § 18; Planck S. 738; Eschelbacher S. 30; **Philipp** S. 59 ff.

Einlage, wenn nötig, auch verloren gehen zu lassen, rechtfertigen entschieden eine mildere Haftung analog § 708. Dieser bestimmt, daß die Gesellschafter bei Erfüllung ihrer Verpflichtungen nur für deligentia quam suis einzustehen haben. Er bezieht sich also zunächst nur auf Mängel im Verhalten der Personen. Aber er kann ebensogut auf die Haftung für Mängel der eingebrachten Sachen angewendet werden. Und wir sind der Ansicht, daß es hier ebenso gerechtfertigt ist. Bei der Leistung von Diensten fällt das so wie so zusammen und kann nicht getrennt werden. Hier ist ein Mangel im Beitrag stets zugleich ein Mangel in der Einbringungshandlung. Und es ist gar nicht einzusehen, warum diese Gesellschafter vor denen, die Gegenstände einzubringen haben, bevorzugt sein sollen. Man wird also sagen können: der Gesellschafter ist verpflichtet, seine Leistung so zu bewirken wie Treu und Glauben nicht mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 242), sondern mit Rücksicht auf seine individuelle Anlage und Gewohnheit es erfordern. Hat z. B. einer ein Wohnhaus einzubringen oder einen Arbeitsraum, so braucht er nicht mehr Sorgfalt darauf zu verwenden als er für sich zu tun pflegt. Das Gebäude ist vielleicht nicht in dem Zustand, in dem es bei einem diligens pater familias wäre. Nun ihn aber die andern als Mitgesellschafter angenommen haben, ist er auch berechtigt, einen den Charakter seines ganzen Betriebs tragenden Gegenstand einzubringen. Es ist nun einmal seine Sache, eine verlotterte Wirtschaft zu führen. Die andern sollen vorher die Augen aufmachen, mit wem sie es zu tun haben.

Wie der Art nach, so können die Beiträge auch dem Wert nach verschieden sein. Bestimmt aber der Vertrag nichts, so sind sie im Zweifel gleich (§ 706, 1). Dienste werden also nach einer Taxe gewertet, Gegenstände abgeschätzt werden müssen.

Zur Erhöhung des einmal vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust geminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet (§ 707). (Etwas anderes ist die Schuldendeckungspflicht nach § 735.)

Löst sich die Gesellschaft auf, so werden die geleisteten Beiträge, sofern sie nicht zur Schuldentilgung verwendet werden

müssen, ganz, oder wenn es dazu nicht reicht, prozentual zurückerstattet — aber nicht in Natur, sondern der Wert wird ersetzt (§ 733).

Es muß jedoch nicht für alle Beiträge Ersatz geleistet werden: Dienste und Gebrauchsüberlassung müssen nicht vergütet werden (§ 733, 2). Darin kann unter Umständen eine Härte liegen. Wenn z. B. ein Gesellschafter 5000 M. einbringt, ein anderer dafür unentgeltlich ein Jahr lang die Geschäfte führt, so hat dieser zweite ebensoviel beigetragen und erhält nachher außer seinem Gewinn- oder Verlust-Anteil nichts, während der andere seine 5000 M. + Gewinn oder — Verlust zurückerhält. Allerdings ist wieder ein nicht zu unterschätzender Punkt, daß der Kapital Einbringende stets gewärtig sein muß seine Einlage zu verlieren. Allen diesen Möglichkeiten muß natürlich der Gesellschaftsvertrag Rechnung tragen. Sehr richtig bemerkt darum Ehrenberg a. a. O. S. 718: Ueberhaupt gehört die Ausarbeitung eines brauchbaren, möglichst erschöpfenden und Streitigkeiten fernhaltenden Gesellschaftsvertrags zu den schwierigsten Aufgaben juristischer Praxis: nur selten zeigt sich advokatische Kunst dieser Meisterprobe gewachsen."

Eine Leistungsverweigerung unter der Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist natürlich ausgeschlossen, da, wie wir gesehen haben, kein gegenseitiger Vertrag vorliegt.

Unmöglichkeit der Leistung und Verzug sind nach den allgemeinen Vorschriften zu beurteilen, immer jedoch unter Berücksichtigung des § 708.

§ 13.

Das Anwendungsgebiet der §§ 705 ff.

Das Gebiet der bürgerlichen Gesellschaft ist an und für sich beschränkt. Die handelsrechtlichen Vereinigungen sind teils im zweiten Buch des Handelsgesetzbuchs geregelt, teils gelten reichsrechtliche Spezialgesetze wie z. B. das Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. 5. 1889; Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892; Gesetz betreffend die privaten Versicherungsanstalten vom

12. 5. 1901. Andere Personenvereinigungen regeln sich nach Landesrecht (vergl. EGBGB. Art. 65, 66, 67, 69, 83). So finden die §§ 705 ff. unmittelbare Anwendung nur auf die Gesellschaften des täglichen Lebens, auf Vereinigungen von Kaufleuten zu einzelnen Handelsgeschäften, weil das HGB. hierüber keine Bestimmung getroffen hat, und auf Vereinigungen von Minderkaufleuten (Knoke S. 24).

Aber einmal bestimmen die §§ 105, 2 und 161, 2 des HGB. die subsidiäre Anwendung der §§ 705 ff. BGB. auf die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft. Und ganz besonders wird das Anwendungsgebiet dieser Bestimmungen erweitert durch § 54 BGB., welcher bestimmt, daß auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden sollen [1]). Das sind alle die idealen Vereine (§ 21), die eine Eintragung nicht erreichten oder nicht wollten, alle die auf einen Gewerbebetrieb gerichteten (§ 22), die nicht konzessioniert sind. Auch die ausländischen Vereine, deren Gesuch um Anerkennung oder Verleihung der Rechtsfähigkeit abgelehnt wurde (vergl. hiezu Gierke, Vereine o. R. S. 4 ff).

Darum war es nicht gleichgiltig, ob der Beitragsanspruch Bestandteil des Gesellschaftsvermögens oder der Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter ist. Und wenn man die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts noch immer für wesensgleich mit der societas des gemeinen Rechts hielt und darum nichts Absonderliches darin fand, daß der Beitragsanspruch den einzelnen Gesellschaftern zustehen soll. so muß man es doch sicher stets als etwas Unnatürliches empfunden haben beim nichtrechtsfähigen Verein und bei der offenen Handelsgesellschaft. Das Leben hat sich ja wohl auch herzlich wenig um diese Konstruktion gekümmert, und die Gerichte haben, wie sich oben in der Einleitung schon zeigte, z. T. praktischen Takt genug besessen, für Vereine wenigstens eine — wenn nötig stillschweigende — Vereinbarung dahin anzunehmen, daß dieser Anspruch zum Gesellschaftsvermögen gehören solle.

---

[1]) Nach unseren Ergebnissen erscheint das als selbstverständlich und die Bestimmung des § 54 als unnötig. Aber von dem Standpunkt des Gesetzgebers aus war diese Extrabestimmung notwendig.

Schluß.

§ 14.

Ergänzende Bemerkungen.

Im Lauf unserer Abhandlung haben wir u. a. festgestellt, daß das Gesellschaftsvermögen ein ungeteiltes Ganzes darstellt, daß es nicht in so und so viele in das Privatvermögen der Gesellschafter gehörende Teile zerfällt. Subjekt dieses Vermögens sei wie beim rechtsfähigen Verein die Gesamtheit der jeweiligen Mitglieder. Es kam uns dabei lediglich darauf an, darzutun, daß die Gesellschaft in allen diesen Punkten genau so gestaltet ist, wie die sog. juristische Person, wobei wir die Tatsache, daß der rechtsfähige Verein nicht ein Lebewesen sei, sondern eine auf dem Willen der Gründer beruhende Personenmehrheit, eine Personengesamtheit, nicht eine Gesamtperson, vorausschicken mußten. Von diesen Resultaten bedarf eines der Richtigstellung: dasjenige vom Rechtssubjekt. Es hat sich als unrichtig erwiesen, daß das Vereinsvermögen einem unsichtbaren Wesen gehört. Denn ein solches ist in Wirklichkeit nicht vorhanden. Aber es ist auch nicht richtig, daß das Vereinsvermögen der Gesamtheit der jeweiligen Mitglieder und das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft d. i. der Gesamtheit der jeweiligen Gesellschafter gehört.

Alle andern Ergebnisse halten wir aufrecht. Aber setzen wir damit nicht einen neuen Widerspruch in die Welt? Wenn das Gesellschaftsvermögen nicht den einzelnen Gesellschaftern gehören soll — was wir noch immer verneinen — so könnte man sich allenfalls dabei beruhigen, daß es dann der Gesamtheit ungeteilt zustehe. Aber nun soll auch das nicht der Fall sein? Sollte etwa das Gesellschaftsvermögen niemand gehören? Allerdings. Wir haben während unserer ganzen Abhandlung mit einem falschen Begriff operiert — absichtlich. Denn sowohl das Gesetz als annähernd die gesamte Wissenschaft hantieren mit ihm; und um uns mit ihnen auseinandersetzen zu können, haben wir uns auf denselben Boden

gestellt. Dieser falsche Begriff ist der vom Rechtssubjekt oder — es kommt auf dasselbe heraus — vom subjektiven Recht.

Aus allen den bekannten Definitionen des subjektiven Rechts wie: „vom objektiven Recht gewährte Willensmacht" (Windscheid), „rechtlich geschütztes Interesse" (Jhering), „Anteil an den Lebensgütern" (Dernburg) ist zu lesen, daß ein Recht nur Menschen zustehen könne. Dabei gab es aber auf jeden Fall bei den Stiftungen, den Sammelvermögen usw. Schwierigkeiten. Hier half man mit der Theorie von der juristischen Person. Nun man aber daran nicht mehr zu glauben beginnt, erstehen die alten Schwierigkeiten wieder.

Zur Herrschaft gelangt ist die erstere der Definitionen, die das subjektive Recht eine Willensmacht nennt. Gerade mit dieser muß man aber am meisten in die Klemme kommen, nicht nur bei den Vermögensmassen, wo gar keine Menschen als etwaige Subjekte zu sehen sind, sondern auch bei Kindern, bei wegen Geisteskrankheit Entmündigten, beim nasciturus. Es kann doch kein Trost sein, daß da gewöhnlich gesetzliche Vertreter vorhanden sind. Denn die Willensmacht dieser ist doch nicht die der Vertretenen. Und oft genug sind auch hier zeitweise keine Vertreter bestellt. Wo bleibt dann das subjektive Recht? Es ist auf jeden Fall trotzdem vorhanden, kann nur nicht ausgeübt werden. Und darum sind diese Definitionen falsch. Was ist nun richtig?

§ 15.

Subjektives Recht und Rechtssubjekt nach Schwarz.

Da wir die Theorie des Budapester Rechtslehrers Dr. G. Schwarz als die allein richtige ansehen, dürfen wir wohl im Hinblick auf den untergeordneten Zweck dieser Schlußerörterung alles andere[1]) beiseite lassen, uns überhaupt möglichst kurz fassen. Es sei darum auch von vornherein verwiesen auf die beiden Abhandlungen von Schwarz, in denen er seine Lehre begründet, nämlich: „Rechtssubjekt und Rechtszweck" (ABR. Bd. 32) und „Kritisches über Rechtssubjekt und Rechtszweck" (ABR. Bd. 35).

Bd. 32 S. 14 lesen wir: „Der Fehler aller bisherigen

---

[1]) z. B. Binder, Problem und Hölder, natürl. und jurist. Personen.

Theorien war der, daß sie dort, wo es keinen Menschen gab, den Menschen suchten, anstatt daß sie auch dort, wo es einen Menschen gab, den Zweck gesucht hätten." Und so behauptet Schwarz teils im Einklang mit Brinz teils im Gegensatz zu ihm, der die Vermögen in Personen- und Zweckvermögen eingeteilt hatte. Jedes Recht ist Zweckrecht, jedes Vermögen ein Zweckvermögen (ibid S. 15). Die Frage, wem gehört ein Vermögen? ist unrichtig gestellt. Wenn wir vom Rechte oder Vermögen eines konkreten Menschen sprechen und sagen, es „gehöre" ihm, so bedeutet das, daß jenes Recht oder jenes Vermögen zum Zwecke der Befriedigung der Bedürfnisse jenes Menschen bestimmt ist. Jene Rechte, welche die Rechtsordnung in den Dienst desselben [illegible] stellt, bilden einen Rechtskreis" (ibid. S. 136).

„[illegible] der Wille ist der individualisierende Faktor, der die einzelnen im Vermögen enthaltenen Rechte zu einem Vermögen [illegible] und als solches zusammenhält: denn auch der Willenlose kann ein Vermögen haben und der Mensch mit einheitlichem Willen mehrere Vermögen (S. 81). Und auch nicht das Interesse: denn nicht von jedem Vermögen können wir sagen, ob es denen des A. oder des B. mehr diene; und es gibt auch Vermögen, welche überhaupt nicht den Interessen von Menschen dienen. Der Mensch ist nicht Subjekt der Rechte, sondern Objekt der rechtlichen Fürsorge" (ibid).

„Verfügen über ein Recht kann aber nur der Mensch. Während also stets das Recht an einen Zweck gebunden ist, ist seine Ausübung stets an einen Menschen gebunden. Dieser ist daher immer nur „Zweckbesorger", bald für seinen eigenen Lebenszweck, bald für andere Zwecke." „Streng auseinanderzuhalten sind also Rechtszuständigkeit und Rechtsausübung" (ibid. S. 34/35). „Rechtssubjekt ist nicht die Bezeichnung eines Wesens, sondern einer Beziehung: Subjekt eines Rechtes sein, heißt so viel, wie zum Rechte in einer gewissen Beziehung stehen. Daß aber zum Rechte in dieser Beziehung nur irgend ein physisches Wesen stehen könne, ist eine petitio principii. Die Wahrheit ist vielmehr, daß ein physisches Wesen niemals in dieser Beziehung stehen kann" (Bd. 35 S. 49).

„Die Rechtszwecke setzt entweder das positive Recht oder über-

läßt dies den Parteien. Durch Rechtsgeschäft kann jeder schutzbedürftige und fähige Zweck zum selbständigen Rechtszweck erhoben werden" usw. (Bd. 32 S. 137).

Gesetzliche Vermögenszwecke sind nach ihm (S. 31 ibid) z. B.

1. Die Gesamtheit der Bedürfnisse des einzelnen Menschen,
2. Der Staatszweck und die Zwecke anderer öffentlicher Körperschaften (S. 46/47) usw.

Gewillkürte Vermögenszwecke sind u. a.: Körperschafts- und Stiftungszwecke. Und hieher rechnet er auch ausdrücklich den Gesellschaftszweck (Bd. 35 S. 29/30).

Es ist hier unmöglich, den ganzen Gedankengang dieser Lehre wiederzugeben. Aber in der Tat: es ist eine Freude, zu sehen, wie sie alle die vielen Schwierigkeiten und Rätsel der früheren Theorieen spielend aus dem Weg eräumt. Ihr wird, ihr muß die Zukunft gehören.

§ 16.

Die Nutzanwendung dieser Lehre.

Sehr gerne verbessern wir mit Hilfe dieser neuen Lehre den Fehler, den wir, der Not gehorchend, gemacht haben: Das Gesellschaftsvermögen gehört nicht der Gesamtheit der jeweiligen Gesellschafter, sondern dem Gesellschaftszweck. Denn gleichzeitig ist uns damit die Probe für die Richtigkeit unserer übrigen Ergebnisse geliefert. Mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrags, dem Vollzug des Gesamtakts ist ein neuer Zweck zum Rechtszweck erhoben. Das Gesellschaftsvermögen steht ihm und nur ihm — selbstverständlich ungeteilt — zu. Darum ist der Gesellschaftsvertrag ein Gründungsvertrag, und was wir oben von ihm gesagt haben, bleibt — mutatis mutandis — bestehen. Die Gesellschafter sind nichts als „Zweckbesorger", Vertreter des Gesellschaftszwecks, und nur in dieser Eigenschaft haben sie ein Recht, die Beiträge einzufordern. Die Verpflichtung zur Beitragsleistung ist die Pflicht der einzelnen Gesellschafter, dem für ihren allgemeinen Lebenszweck bestimmten Vermögen einen Teil zu entziehen und auf den Gesellschaftszweck zu verwenden.

Es ist bei dieser Konstruktion wirklich gar nicht anders denkbar, als daß der Anspruch auf den zu leistenden Beitrag zum Gesellschaftsvermögen gehört.

Literaturverzeichnis.

Affolter. Zur Lehre von der Gesellschaft (Archiv für bürgerliches Recht (ABR.) Bd. 35).
Behrend. Lehrbuch des Handelsrechts Bd. 1 1886.
Binder. Das Problem der juristischen Persönlichkeit 1907.
Boyens. Gesellschaft unter Vergleichung mit anderen Rechtsgemeinschaften Gutachten aus dem Anwaltstand S. 1025 ff.).
Clund. Die rechtliche Stellung des Gesellschaftsvermögens. Jen. Diss. 1910.
Kommentar von Reichsgerichtsräten Bd. 1910.
Cosack. Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. 2 A. 5 1912.
Crome. Lehrbuch des Bürgerl. Rechts II, 2 1902.
Dernburg. Lehrbuch des Bürgerl. Rechts II, 2 A. III.
Eck. Vorträge über das Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs Bd. 1 1903.
Ehrenberg. Gesellschaftsvertrag (nach Bürgerl. Recht) im Handbuch der Staatswissenschaften Bd. IV. A. 3.
Endemann BGB. Bd. 1 9. Aufl.
Enneccerus. Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. 1 Abt. 1 u. 2 1910.
Eschelbacher. Das Recht auf die Gesellschaftseinlagen. Rost. Diss.
Fischer u. Henle. Handausgabe zum BGB. 1910.
Fraube, W. Ch. Die Gesellschaft und Dritte, insbesondere bei Hinzutritt eines neuen Gesellschafters (im „Recht" Bd. 6 1902).
Gierke. Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887.
Derselbe Handelsgesellschaftsrecht und Bürgerl. Recht (ABR. Bd. 19).
Derselbe Vereine ohne Rechtsfähigkeit 1902.
Goldmann u. Lilienthal. Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. 1 A. 2 1903.
Haase. Inwieweit finden die Vorschriften für die synallagmatischen Verträge auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung? Berl. Diss. 1903.
Heidrich. Das Wesen des Gesellschafteranteils an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens. Bresl. Diss. 1911.
Hellwig. Anspruch und Klagerecht 1900.

Hölder. Natürliche und juristische Personen 1905.
Jörges. Zur Lehre vom Miteigentum (Goldschmidts Zeitschrift für für das gesamte Handelsrecht Bd. 49 u. 51).
Knoke. Recht der Gesellschaft 1901.
Kohler. Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. 2 1906.
Kühlenbeck. Handkommentar zum BGB. Bd. 1 1903.
Derselbe. Von den Pandekten zum Bürgerl. Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse.
Kunze. Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff (Leipziger Festgabe für Müller 1892).
Landsberg. Das Recht des BGB. 1. Hälfte 1904.
Laband. Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften (Goldschmidts Zeitschr. Bd. 30 und 31).
Leske. Vergleichende Darstellung des bürgerl. Gesetzbuchs für das deutsche Reich und des allgemeinen Landrechts.
Lux. Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft. 1906.
Matthiaß. Lehrbuch des BGB. 5. Aufl. 1910.
Müller, Gustav. Skizzen zum BGB.: Die Gesellschaft (Seufferts Bl. für Rechtsanw. Bd. 63).
Müller, Rudolf. Das Gesellschaftsvermögen nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Jen. Diss. 1909.
Müller u. Meikel. Bürgerl. Recht Bd. 1. A. 2.
Mugdan. Materialien zum bürgerl. Gesetzbuch II.
Nagler. Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht (Sächs. AbR. Bd. 10).
Neubegger. Die Gesellschaft des bürgerlichen Gesetzbuchs im Grundbuchrecht (AbR. Bd. 34).
Neumann. Handausgabe des BGB. Bd. 1. 1909.
Nußbaum. Beiträge zur Auslegung des § 54 Satz 2 BGB. (Sächs. AbR. Bd. 10).
Nicolai. Die Anwendbarkeit der allgemeinen Sätze über die gegenseitigen Verträge auf die Gesellschaft nach dem BGB. Leipz. Diss. 1902.
Oertmann. Das Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. 1910.
Philipp. Das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge. Erl. Diss. 1903.
Planck. Bürgerl. Gesetzbuch Bd. 2 A. 3.
Riccius. Die Anwendbarkeit der allgemeinen Sätze über die gegenseitigen Verträge auf die Gesellschaft nach dem BGB. Erl. Diss. 1902.
Schmidt. Die Gesellschaft nach dem BGB. Erl. Diss. 1899.
Schollmeyer. Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1904.
Schwarz. Rechtssubjekt und Rechtszweck, eine Revision der Lehre von den Personen (AbR. Bd. 32).

Derselbe. Kritisches über Rechtssubjekt und Rechtszweck (AbR. Bd. 35).
Sohm. Der Gegenstand.
Staub. Kommentar zum BGB. Bd. 2 A. 9.
Windscheid-Kipp. Pandekten A. 9.
Wölz. Das Gesellschaftsvermögen nach dem BGB. und bei der offenen Handelsgesellschaft. Tüb. Diss. 1908.
Wolf. Haftung des Gesellschaftsvermögens für Privatschulden der Gesellschafter nach dem BGB. Leipz. Diss. 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Mecklenburgische Zeitschrift Bd. 24.
Das Recht Bd. 14.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.